

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق / قسم العلوم السياسية



العنوان:

إنحلال العقد في القانون المدني الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص : قانون أعمال

تحت إشراف:

من تقديم الطالب(ة):

أ / بركات قيسون رامي.

▪ بودماغ نجلاء.

▪ بكوش عائشة.

لجنة المناقشة :

الصفة	الرتبة العلمية	الاسم و اللقب
رئيسا	أستاذ محاضر	د/ رواق آمال
مشرفا و مقررا	أستاذ مساعد	أ/ بركات قيسون رامي
مناقشا	أستاذ مساعد	أ/ دقايشية مايا

دورة جوان 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح أختي الطاهرة " نادية " رحمها الله

" فقد أتممته رغم قساوة الوضع بعد فراقك "

إلى عائلتي الطيبة

إلى كل من أحملهم في قلبي.

بودماغ نجلاء

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

روح والديا الكريمين رحمهما الله الذين تمنيت حضورهم نجاحي
وتتويجه.

إلى روح أختي الغالية "فتيحة" التي فارقتنا في الأمس القريب.

إلى كل أقاربي وعائلي

إلى عائلي الصغيرة، زوجي وأولادي

إلى كل الأحباب والأصدقاء.

بكوش عائشة

شكر

بادئاً نبداً بشكر الله عز وجل على توفيقه لنا لإتمام هذا العمل في ظروف جيدة.

ثم نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف : قيسون رامي بركات، على كل الجهودات المبذولة معنا لأجل توجيهنا في إعداد هاته المذكرة ، وحرصه على كل الحرص على إتقانها وتقديمها في أحسن شكل.

نشكر أعضاء اللجنة دكاترة وأساتذة رئيساً أعضاء على تفضلهم بمناقشة مذكرتنا، كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر إلى كل من ساعدنا و أمدنا بيد العون لإنجاز هذا العمل كل باسمه : مفتشيه أملاك الدولة، مكتبة مجلس قضاء سكيكدة، محامون، محضرون قضائيون، زملاء الوسط، ونخص بالشكر رئيس مفتشيه الإقليمية التجارة النقل السيد : بوسيس سليم على دعمه وتفهمه ودفعه للرسالة العلمية .

قائمة المختصرات

ج.ر: جريدة رسمية

ج: الجزء

ج: جزء

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.ع.ن.ت: دار العلوم للنشر والتوزيع.

د.م.ج: ديوان مطبوعات الجامعة.

ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

د.ن.ت: دار النشر و التوزيع.

د.ت.ن: دون تاريخ نشر.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ط: طبعة.

ع: العدد.

ف: فصل.

م.ع.ق.أ: مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية.

م.ق.أب.ق.أ: مجلة القانون و الإقتصاد للبحوث القانونية و الإقتصادية.

م.ق: المجلة القضائية.

م: المادة.

باللغة الفرنسية:

c.c.fr : **code civile francais.**

A.r.t : **article.**

p.r : **paragraphe.**

T : **Tome**

Ed : **édition.**

N : **Numéro.**

Op.cit : **Opus clitatum.**

Pp : **de la page à la page.**

p.u.f : **presses universitaires de France.**

L.G.Dj : **Librairie générale de droit et de jurisprudence.**

Cass : **cassation.**

المقدمة:

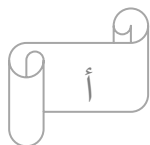
إن تعايش الأفراد داخل المجتمع لن يتأت إلا من خلال تعامل فيما بينهم في كل المجالات، و لقد ترجمت أغلبية المعاملات في شكل عقود و هذا نتيجة للأهمية البالغة التي يكتسبها العقد من الناحية العملية و القانونية في حماية أطراف العلاقة العقدية. والعقد ليس وليد التشريعات الحديثة مدام مرتبطة بنظرية الإلتزام التي جاء بها القانون الروماني الذي اعتمد على المذهب الشخصي للإلتزام و كذلك القانون الجرمانى الذي اعتمد المذهب المادى.

إلا أن التشريعات الحديثة طورت الفكرة و جمعت بين المذهبين و عرفت العقد بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني" فالعقد هو تصرف قانوني يتعمد على الإرادة المنفردة للمتعاقدين، كما أن التشريعات الحديثة إهتمت بهذا المصدر من مصادر الإلتزام و نظمتة في قواعد قانونية حددت شروطه و أركانه و كيفية تنفيذه و الآثار المترتبة عنه. و العقد لا يرتب لآثاره و لا تتحقق المصالح المرجوة منه إلا إذا نشأ صحيحا مستوفيا لأركان إنعقاده و شروط صحته و من ثم يصبح المتعاقدان خاضعين للقوة الإلزامية للعقد مادامت الرابطة التعاقدية قائمة.

أما إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو حدثت ظروف جعلت إلتزامه بالتنفيذ مستحيلا، فإن المتعاقد الآخر يكون في وضع يدعو إلى القلق و عدم الارتياح من الناحية القانونية و العملية معا، إذ يجد نفسه ملزما نحو الطرف الآخر بصفته طرفا في العقد الذي لا يزال قائما من جهة و من جهة أخرى لا يستطيع الحصول على الأداء الذي التزم من أجله لأن المدين لا يريد تنفيذ التزاماته التعاقدية.

إلا أن القانون المدني و حماية لحق الدائن من الضياع منح له وسائل قانونية للتدخل من إلتزاماته التعاقدية في مواجهة المدين المقصر في تنفيذ الإلتزام، وذلك عن طريق المطالبة بإنحلال العقد عن طريق فسخه في حال عدم التنفيذ أو إنفساخه إذا استحال تنفيذ الإلتزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ومن ثم زوال الرابطة التعاقدية.

يقصد بانحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد، ويفترض في انحلال العقد وجود عقد قائم منتج لآثاره ورد عليه سبب أزال وجوده ومحا أثره ويكون السبب طارئا بعد وجود العقد والمبدأ هو أن يقع الانحلال بأثر رجعي. وقد نظم المشرع الجزائري انحلال العقد في القسم الرابع من الفصل الثاني من الكتاب الثاني من التقنين المدني الجزائري وذلك في



المواد 119 إلى 123 منه، وتشكل هذه المواد النظرية العامة لإنحلال العقد في القانون الجزائري. وبالرجوع للمواد المنظمة لإنحلال العقد في التقنين المدني الجزائري يظهر لنا جليا كيف أنه أولى الأهمية الفسخ والإنفساخ والدفع بعدم التنفيذ دون غيرها من وسائل الإنحلال الأخرى.

لدى كان من الأهمية دراسة موضوع إنحلال العقد في القانون المدني الجزائري، وتسلط الضوء على طرق الإنحلال التي إعتدها المشرع الجزائري، ودراستها بالتفصيل كما تكمن أهمية دراسة الموضوع أيضا في كونه يتمتع بأهمية نظرية وعملية وقانونية.

فأما الأهمية النظرية للموضوع تكمن في كونه ينصب على موضوع هام من مواضيع نظرية الإلتزام والتي تعتبر أهم نظرية قانونية.

إرتباط موضوع انحلال العقد بنظرية العقد فلا يمكن حل العقد إلا إذا كان العقد قائما وصحيحا.

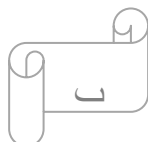
تعلق هذا الموضوع بمرحلة تنفيذ العقد، حيث لا يمكن لأحد المتعاقدين المطالبة بفسخ العقد إلا إذا نفذ هو التزمه .

أما الأهمية العملية للموضوع فتظهر في أنه متعلق بالغاية التي يبرجوها المتعاقد من الدخول في الرابطة التعاقدية، بحيث إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزمه أو ندم على دخوله في هذه الرابطة فلا سبيل أمامنا إلا حل هذه الرابطة والتحرر منها.

وبالنسبة للأهمية القانونية فتتمثل في الوسائل القانونية المخولة للدائن لحماية حقه من المدين المتعاس عن تنفيذ التزمه طبقا للتشريع الجزائري وهل هذه النصوص كافية لتوفير الحماية القانونية للدائن؟

أما الأسباب والدوافع وراء إعداد هذا الموضوع فتظهر في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، الأسباب الشخصية الدافعة لإعداد هذه الدراسة ليس جمع المعلومات بقدر ما هو البحث الدقيق للإنحلال الذي يجاوز القواعد العامة رغم أهمية دراستها، لتقضي القواعد الخاصة بإنحلال كل عقد وأثار ذلك في واقع المعاملات.

أما الأسباب الموضوعية فتعود للقيمة العلمية لموضوع البحث التي تظهر بوضوح عند إدراكنا الفروق بين الإنحلال وأنظمة أخرى مشابهة، ومحاولة البحث رسم خارطة واقعية لهذه النظم، يمكن



من خلالها الفهم الجيد لفكرة الإنحلال. إن تحديد المصطلحات يؤدي إلى تفادي الوقوع في الخطأ، وتحليل الأفكار بشكل منطقي .

إن الهدف من وراء هاته الدراسة هو محاولة البحث لتحديد المغزى والمجال الحقيقي لمبدأ الإنحلال وأنه لا يتعارض مع مبدأ تشجيع تنفيذ العقود، وأنه يختلف عن أنظمة الأخرى المشابهة وتوجيه الملاحظات والنقد للمعالجة التشريعية لفكرة الإنحلال وتقديم الإقتراحات البديلة، ولأجل دراسة موضوعه إنحلال العقد، إختارنا للتطبيق عقدين وهما : عقد البيع وعقد المقاوله.

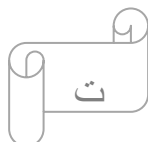
ويعود إختيارنا لهذين العقدين لأهمية العملية الذي يكتسبها الإرتباط بموجب عقد البيع أو عقد المقاوله ونظرا لشيوعهما وانتشار العمل بهما في واقع المعاملات اليومية بين الأشخاص، مما يجعل مجال البحث فيهما واسعا ومهما عمليا .

رغم أن موضوع بحثنا كلاسيكي يتعلق بالقواعد المنظمة لإنحلال العقد في القانون المدني الجزائري إلا أنه لا توجد رسائل دكتوراه ودراسات معمقة ناقشت القواعد القانونية المطبقة على نظام انحلال العقد وفق التشريع الجزائري ماعدا وجود بعض مذكرات الماستر والتي اعتمدها كمرجع في دراستنا وهذا راجع لعدم وجود تعديلات جديدة في النصوص المنظمة لإنحلال العقد.

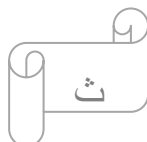
وعند دراسة موضوع إنحلال العقد في القانون الجزائري يتبادر إلى أذهاننا الإشكاليات التالية :

كيف نظم المشرع الجزائري إستعمال حق الدائن لحق الفسخ من عدمه؟ وما هي الضوابط القانونية التي رسمها القانون للقاضي في توقيع سلطة الفسخ؟

للإجابة على هذه الإشكاليات إتبعنا المنهج الوصفي حتى يتسنى لنا التطرق الجيد للموضوع من حيث دراسة أحكامه والمفاهيم المختلفة له ثم اتبعنا المنهج التحليلي والمنهج الإستقرائي وذلك وفق تحليل نصوص قانونية للوصول إلى قواعد وأحكام وعرض آراء وتحليلها، وكذا توضيح الغموض الذي يشوبها، وتوصيف مشكلة علمية بدقة وصولا لإستنتاجات إيجابية وتفسيرات منطقية لها دلائل وبراهين وكذا صياغة آراء وتوصيات لوضع خطط بديلة لمواجهة المشكلة وذلك في هيكله ثنائية وعليه قمنا بتقسيم دراستنا هاته إلى فصلين حيث تضمن الفصل الأول: إنحلال العقد عن طريق الفسخ، حيث تناولنا فيه مفهوم الفسخ وأساس إنحلال العقد عن طريق الفسخ وشروطه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له (كمبحث أول).



وأوجه فسخ الرابطة التعاقدية حسب ما يراه المشرع الجزائري و المتمثلة في الفسخ لعدم التنفيذ، الإنفاسخ والدفع بعدم التنفيذ (كمبحث ثاني) أما الفصل الثاني، فتطرقنا فيه إلى حدود ممارسة الدائن لحقه في الخيار بين الفسخ والتنفيذ وآثاره وأهم تطبيقاته، حيث تم تناول سلطات القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه وحق الدائن في الخيار بين الفسخ والتنفيذ (كمبحث أول) إضافة إلى آثار الفسخ وتطبيقاته على بعض العقود (كمبحث ثاني).



الفصل الأول

الفصل الأول: إنحلال العقد عن طريق الفسخ

الفصل الأول: إنحلال العقد عن طريق الفسخ

الفسخ نظام قانوني يقوم إلى حوار المسؤولية العقدية ، وهو يمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبته العقد من إلتزامات في ذمة ، ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه حل الرابطة العقدية وزوال آثارها بأثر رجعي ، يتخلص من الإلتزامات التي فرضتها عليه.(1)

في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك وبمقتضى هذا : إن الفسخ يتقرر كجزاء يفرضه القانون ، على الإخلال بالإلتزام العقدي ، شأنه في ذلك شأن التعويض.(2)

وهنا إنطلاقاً من فكرة العقد التبادلي ذاتها ، وهي فكرة الإرتباط بين الإلتزامات المتقابلة، التي تسمح بأنه إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين إلتزامه، جاز للآخر أن يطلب إزالة العقد كله ومن ثم يتحلل من إلتزامه بصفة قانونية.(3)

وقد نص القانون المدني الجزائري في المواد 119 إلى 123 من القانون المدني على الفسخ والانساح، والدفع بعدم التنفيذ، تحت عنوان " انحلال العقد" ومنه هنا ، نتطرق أولاً للفسخ بالمعنى الفني الدقيق وهو الذي يقع بسبب عدم التنفيذ كمبحث أول تحت عنوان أحكام عامة حول الفسخ ، ثم تطرفنا إلى أوجه فسخ الرابطة العقدية من خلال المبحث الثاني.

(1): بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري (المصادر الإدارية ، العقد والإرادة المنفردة) الجزء

الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2015 ، ص 707

(2): الأمر: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن أحكام القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 - المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية العدد 31، 2007، م 176: " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه."

(3): المحكمة العليا ، غ ، م ، 1997/11/12 ، ملف رقم 149315 ، غير منشور ، 16/06/1992 ملف رقم 84252، م ق

1494، العدد 3، صفحة 105،

المبحث الأول : أحكام عامة حول الفسخ

كما سبق وأن ذكرنا فالفسخ هو حق المتعاقد غفي العقد الملزم للجانبين، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، فهو إنحلال الرابطة التعاقدية بأثرها رجعي بسبب أن أحد الطرفين لم ينفذ إلتزامه العقدي ، ويعتبر الفسخ أحد طرق إنحلال العقد، وهو جزء يترتب على إمتناع أحد المتعاقدين في عقدملزم لجانبين عن تنفيذ ما إلتزام به، وهو بذلك حق المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرره بدوره من الإلتزامات التي تحملها بموجب العقد.(1)

ولقد تعددت الأسس القانونية التي قام عليها هذا النظام ومن أجل توضيح كل ماسبق ذكره، تناولنا من خلال هذا المبحث مفهوم الفسخ، والأسس القانونية التي قام عليها، وشروطه إضافة إلى تمييزه عن النظم القانونية المشابهة له.

المطلب الأول: مفهوم الفسخ

يلجأ الدائن في العقد الملزم للجانبين إلى طلب التخلل من الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين، في حالة إمتناع هذا الأخير عن القيام بما رتبه العقد في ذمته من إلتزامات ، ولقد خول القانون الدائن هذا الحق ضمانا له ، فأصبح الفسخ نظاما قانونيا يحمي حقوق الدائن وسيتند هذا النظام إلى عدة أسس قانونية.

وهذا ما سوف نعرضه من خلال هذا المطلب الذي يعتبر بمثابة مدخل لدراسة نظرية الفسخ، وذلك بعرض بعض التعاريف المختلفة للفسخ.

(1): العربي بلحاج : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول، (التصرف القانوني العقد والإدارة المنفردة) بن عكنون ، الجزائر ، 201، ص 303 .

الفرع الأول: تعريف الفسخ

أولاً : تعريف الفسخ لغة

للفسخ عدة معانٍ من حيث اللغة وبالتالي سنقتصر على بعض منها فقط :

- الفسخ: إفساد الرأي

- الفسخ : من لا يظافر بحاجته ولا يصلح لأمره كالفسخ.⁽¹⁾

يقال فسخت البيع بين البيعين والنكاح ، أي فسخت البيع والنكاح، نقضته فإنتقض.⁽²⁾

- فسح العقد هو فك تلك الرابطة التعاقدية التي نشأت بمقتضى العقد وعلى هذا فيكون

فسح العقد من إضافة الشيء إلى نقيضه فالفسح والعقد معنيان متناقضان.⁽³⁾

ثانياً: تعريف الفسخ اصطلاحاً

نجد أن هناك تطور من حيث مفهوم الفسخ، فالفقه في عهده القديم نجده إما كان يتسع في مفهوم الفسخ أو يخلط بين الفسخ و غيره من الأنظمة كإحلال و زوال العقود و ذلك ما يظهر من خلال تعريف القاضي زغلول الذي يعرف الفسخ بأنه: "فسح العقد هو إسقاط التعهدات التي كنت مترتبة عليه والفسخ أربعة أنواع، بطلان، فساد، تقابل و إلغاء"

أما الفقه الحديث و على اختلاف التعاريف التي قدمها للفسخ فقد تجنب ما وقع فيه الفقه القديم من خلو و لبس، و على اختلاف الآراء في الفقه الحديث إلا أنه في معظمة يتفق على إعتبار الفسخ أنه حل الرابطة العقدية، و أنه جزاء على عدم التنفيذ و أنه حق مخول للدائن و أن نظافة العقود الملزمة للجانبين.⁽⁴⁾

(1): محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج7، ط2، مطبق حكومة الكويت، 1980، ص320.

(2): أبو الخير عبد الونيس الخويليدي، حق المشتري في فسح العقد المبرم بوسائل الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص19،20.

(3): بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الهدى للنشر، الجزائر، ص215، ص216.

(4): كسيلي مخلوف، إحلال العقد، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016/10/04، ص07.

ويحل العقد بأثر رجعي و بالأحرى تعتبر هذه الأفكار المتفق عليها عناصر لا يكاد يخلو منها تعريف. و هو ما يظهر من خلال التعاريف الفقهية التالية:

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد متى لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ الإلتزامات التي يربتها العقد في ذمته، فالفسخ هو جزاء على تعدي أحد المتعاقدين أو تقصيره المتمثل في عدم تنفيذه أو الإنحلال بهذا التنفيذ أو التأخر فيه فإذا حصل هذا الإنحلال جاز للمتعاقد الآخر حل الرابطة العقدية حتى يتحرر من إلتزاماته الناشئة بسبب العقد.⁽¹⁾

الفسخ هو إنحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي و هو جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه العقدي و يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلق فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالترمه فيطلب هو الآخر فسخه ليفلت من تنفيذ ما إلتزم به.⁽²⁾

هو حل العقد بسبب عدم تنفيذ كلي أو جزئي للعقد و أحيانا يكون بأثر رجعي و أحيانا لا يكون بأثر رجعي.⁽³⁾

هو إنحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي.⁽⁴⁾

فسخ العقد في الفقه الإسلامي:

باعتبار الفسخ نظرية عامة تطبق على جميع العقود في أحوال معينة تقضي الفسخ، لا نجد في الفقه الإسلامي قاعدة للفسخ.

فالفقه الإسلامي لا يفرق في المصطلح بين البطلان والفساد والفسخ، ويتضح ذلك من بعض النصوص أن الفسخ يطبق في أحوال البطلان رغم إختلافهما.⁽⁵⁾

(1): كسيلبي مخلوف، مرجع سابق، ص08.

(2): عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص15.

(3): مصطفى عبد السيد الخارجي، فسخ العقد دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية القاهرة 1988، ص3.

(4): أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص270.

(5): محمد أبو زهرة، نظرية العقد، دار الفكر العربي، مصر، 1985، ص40 و ما بعدها.

فالفسخ هو إرتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن.⁽¹⁾

فالأصل في الشريعة الإسلامية عدم جواز الفسخ في العقود بإستثناء عقد البيع و الإيجار، لأن الفقه الإسلامي لا يعرف فكرة ترابط الإلتزامات المتقابلة فكل إلتزام البائع هو نقل الملكية و في حال عدم تنفيذ أحدهما لإلتزامه فإن الدائن لا يجوز له المقابلة بالفسخ بل يطلب التنفيذ.⁽²⁾

وجدير بالذكر أن المبدأ في الفقه الإسلامي هو التنفيذ العيني، فإذا أدخل أحد المتعاقدين بإلتزامه العقدية، كان للطرف الآخر إجباره على التنفيذ.⁽³⁾

وأساس حق الفسخ في الشريعة هو ركن الرضا، فالرضا في الفقه الإسلامي هو إقتران الإيجاب بالقبول ليظهر أثره في المعقود عليه. و بذلك يكون ركن الرضا مرتبطا بالمحل و هو ركن العقد الثاني، و ذلك طيلة حياة الإلتزام فإذا إنعدمت الصلة بينهما حتى نشوء العقد فإن العقد مفسوخا أو قابلا للفسخ.⁽⁴⁾

التعريف التشريعي للفسخ:

لم يقم التشريع الجزائري على غرار التشريعات العربية المقارنة بتقديم تعريف تشريعي للفسخ و إنما إكتفى بذكر شروطه و آثاره فالفسخ، هو حل الرابطة العقدية بعد نشوئها صحيحة، و زوال آثارها بأثر رجعي بسبب أن أحد الطرفين لم ينفذ إلتزامه العقدي و بذلك يعد الفسخ نظاما قانونيا يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، حيث و بالرجوع إلى نص المادة 119/ف1 و المادة 122 من القانون المدني الجزائري نجد: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك..."

(1): ففي البيع يعود المبيع إلى ملك البائع و الثمن إلى ملك المشتري.

(2): خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن كعنون، 2005، ص172.

(3): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص710.

(4): عبد الرحمن الشواربي، مرجع سابق، ص07.

فالمتعاقدين يلجأ إلى الفسخ في الحالات التي لا يريد فيها أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، أو التي يكون فيها التمسك بالدفع ذا معنى، أو التي يكون فيها قد يتمسك بالدفع و لكن الطرف الآخر لم يتم بتنفيذ إلتزامه و هو يهدف من وراء الفسخ إلى التخلص من إلتزامه عن طريق حل الرابطة العقدية من أساسها.(1)

وإن طلب التعويض في حالة إستحالة التنفيذ هو مقتضى المسؤولية العقدية، إذا يكون للدائن أن يختار بينهما وبين الفسخ.(2)

ويلاحظ أن العقد يفسخ إذا كان مقترنا بشرط فاسخ و تحقق هذا الشرط.(3)

ثالثاً: نشأة و تطور نظرية الفسخ

لقد وصلت نظرية الفسخ إلى التشريعات الحديثة، بعد مرورها بمراحل عدة أدى إلى تطورها.

1. فسخ العقود عند اليونان:

إن العقود لدى اليونان كانت تفسخ إما بالتراضي أو الإقالة أو بحكم من القاضي و يفهم ذلك من خلال أنه هناك حالات كان يلجأ فيها المتعاقدون اليونان إلى المحاكم العشائرية عند فشلهم في إبرام العقد الذي تراضيا عليه، و بالتالي تفصل المحاكم العشائرية في مثل هذه الوقائع و ذلك في حال عدم تسوية هذه الأوضاع وديا بين الأطراف.(4) و هذا ما جاء به بلاثو في كتابه **utopia** (المدنية المثالية).

2. فسخ العقود لدى الرومان:

لم يتضمن القانون الروماني نص صريح يبين في اي حالة يمكن للمتعاقد الذي نفذ إلتزامه أن يتحلل من هذا الإلتزام في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزامه.(5) وهذا راجع

(1): بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في ق.م. الجزائري، مرجع سابق،ص709.

(2): عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي،بيروت،1964، فقرة 462 و مايلها.

(3): محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني،ط4، دار الهدى،الجزائر،2009،ص384.

(4): أسماوي محمد نعيم ،نظرية فسخ العقود في الفقها لإسلامي ، دار النفائس للطباعة ، الأردن ، 2006، ص 48.

(5): كسيلبي مخلوف مرجع سابق، ص10

إلى ظهور مبدأ ترابط الإلتزامات في روما وطغيان الطابع الشكلي على العقود حتى أصبحوا يعتقدون أن الإلتزام ينشأ بإستيفاء هذه الشكليات وترتب عن غياب أحكام ونصوص تتضمن الفسخ أن تبني الرومان نظامان متعارضان

❖ **النظام الأول:** يرفض الفسخ وهو المطبق في عقد البيع

❖ **النظام الثاني:** يكرس الفسخ وهو المتعلق في العقود المسماة.⁽¹⁾

3. فسخ العقد في القانون الكنسي:

مما لا شك فيه أن فقهاء القانون الكسني هم من شيّدوا وأسسوا نظرية الفسخ، فقد عرف هذا القانون فكرة ترابط الإلتزامات في العقود الملزمة لجانبين أو نظرية السبب في العقود التبادلية.⁽²⁾

فنظرية الفسخ إستمدت لديهم من قاعدة "لايراعي عهد من لا يراعى عهده"⁽³⁾

ففي العقود الملزمة لجانبية، إذا لم ينفذ أحد الأطراف التزمه فإن الطرف الآخر يتحلل من إلتزامه. وإستأنف العمل بهذه القاعدة لدى البابوية وأقروا للدائن الحق في التحلل من إلتزامه والمطالبة بفسخ العقد وذلك برفقة دعواه أمام محكمة الكنيسة التي تقضي له بزول الرابطة التعاقدية ويفهم من ذلك بأن الفسخ كان قضائياً.⁽⁴⁾

4- فسخ العقد في القانون الفرنسي:

نقل القانون الفرنسي القديم، نظام الفسخ عن القانون الكنسي، إلا أن فقهاء القانون الفرنسي القديم قد تأثروا بالقانون الروماني كثيراً فأسو الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح

⁽¹⁾: عبد الرحمان الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، ط3، منشأة المعارف للإسكندرية 1997، ص 7.

⁽²⁾: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص709.

⁽³⁾: Yves- marie laitier résolution, pour inexécution des contrats synallagmatique , étude comparative des sanction de l'inexécution de contrat , LGDJ, paris,2004,pp16,17.

عن بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ص710.

⁽⁴⁾: كسيل مخلص، مرجع سابق، ص12.

وبالتالي لا يمكن فسخ العقود التي لا تتضمن هذا الشرط، و أصبح هذا الشرط مفترضا كل العقود عند عدم التنفيذ.⁽¹⁾ وساريا على جميع العقود الملزمة للجانبين و من حق كل من المتعاقدين أن يلجأ إليه عند عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلزامه.

وإتخذ الفسخ طابعا قضائيا، فكان يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المدين لإلزامه و لو لم يكن قد إشتراط في العقد صراحة أما عن فسخ العقد بسبب عدم التنفيذ.⁽²⁾

غير أن القانون المدني الفرنسي الحالي (وهو قانون نابليون)، عندما نقل قاعدة الفسخ، ذكر في المادة 1184 ق.م.فرنسي بأن الشرط الفاسخ مفهوم ضمنا في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما في ذمته من إلتزام عقدي. وأكد على أن الفسخ يكون بحكم من القضاء.⁽³⁾

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الفسخ

لطالما كان الأساس الذي يقوم عليه الفسخ محل جدال بين الفقهاء و الشراح، و قد ظهرت عنه نظريات في تأسيسه الفسخ، منها نظريات حظيت بالقبول و الشهرة و منها من هي خاصة بأصحابها و ذلك ما سنحاول تبيانه.

أولا: تأسيس الفسخ على أساس نظرية الشروط

تعتبر نظرية الشروط تطبيقا لنظرية حرية التعاقد التي تقضي بجواز أن يشترط المتعاقدان ما يشاءان من الشروط، شرط أن لا تخالف النظام العام والآداب.

يعرف الشرط على أنه "وصف يلحق بالتصرف القانوني ويتوقف الإلتزام على تحققه ولا يكون داخلا في العقد ولا عنصرا من عناصره، فإذا لم يتحقق الشرط انتهى الإلتزام تبعا له ويعرف في هذه الحالة بالشرط الواقف، وقد يزول بتحقيقه الإلتزام ويسمى في هذه الحالة

(1): بلعبيور عبد الكريم، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص13.

(2): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص710، 711.

(3): بلعبيور عبد الكريم، نفس المرجع، ص51، 52.

بالشرط الفاسخ.⁽¹⁾ وما يهمننا في هذه الدراسة هو الشرط الفاسخ الذي يمكن أن يكون مريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا وبالتالي تقضي الضرورة التمييز بينهما.

يعتبر الشرط الفاسخ صريحا عندما يتفق الأطراف على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالإلتزمات، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغة صريحة الدلالة في وقوع الفسخ من تلقاء نفسه، وليس فيه للمحكمة أي سلطة تقديرية وليس لها أن تمنح المدين مهلة ميسرة، وليس للمدين الحق في عرض تنفيذ إلتزامه.

أما الشرط الفاسخ الضمني يكون إذا لم يتفق الطرفان على إدراج شرط فاسخ صريح، أو جاءت صيغة الاتفاق عامة غير صريحة على وجوب الفسخ في حالة الإخلال بالإلتزام، هنا يحكم بالفسخ إعمالا للشرط الفاسخ الضمني، وهذا الشرط خاضع لتقدير القاضي.⁽²⁾

1- الشرط الفاسخ الصريح:

أسس الرومان الفسخ على أساس شرط صريح ، يدرج في العقد إذا لم يقيم أحد المتعاقدين تنفيذ إلتزامه جاز للطرف الآخر أن يفسخ العقد ، أما إذا لم يتضمن العقد هذا الشرط فلا مجال للمطالبة بالفسخ .

نقد النظرية :

يقضي بنا تأسيس الفسخ على أساس شرط فاسخ صريح إلى عدم جواز فسخ العقود التي لم تتضمن هذا الشرط، كما أن المادة 119 ق.م.ج تقضي بجواز الفسخ ولو لم يتضمن العقد هذا الشرط.

إذا أسس الفسخ على الشرط الفاسخ الصريح، فإن بمجرد تحقق هذا الشرط يفسخ العقد بقوة القانون في حين أن القانون يشترط صدور حكم قضائي يقرر الفسخ.⁽³⁾

(1): بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 87.

(2): كسيلي مخلوف، مرجع سابق، ص 22.

(3): بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 90.

2- الشرط الفاسخ الضمني:

أسس القانون الفرنسي الفسخ على أساس شرط فاسخ ضمني مفترض في كل العقود الملزمة للجانبين ، ويعود أصل هذه الفكرة إلى القانون الكسني ، ومنه إنتقلت هذه النظرية إلى مدون نابوليون ونص عليه م 1184 القانون المدني الفرنسي.

يفسر الأستاذ **Baudry -lacantinerie** هذه بقوله: " إن القانون قد فسر إرادة الأطراف المبرمة للعقد الملزم للجانبين ، على أنهما إتفقا ضمنيا على أنه في حال عدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته يجوز للطرف الأخر المطالبة بالفسخ".⁽¹⁾

يتحقق الشرط الفاسخ الضمني بإثبات عدم تنفيذ أحد الأطراف بإلتزاماته التعاقدية ، مثلا عدم الدفع المستأجر بدل الإيجار المؤجر ، أو أن المدين قام بعكس ما توعديه كذلك يجب أن تكون واقعة عدم التنفيذ غير مبررة لأنه إن وجد ما يبرر عدم تنفيذ المدين لإلتزامه فلا داعي للفسخ.⁽²⁾

نقد النظرية :

تعددت الإنتقادات التي وجهها الفقهاء لهته النظرية ، حيث انه ليس من الدقيق القول بأن أساس الفسخ هو "الشرط الفاسخ الضمني" ، إذ لو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بإلتزامه يتحقق الشرط ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو بإتفاق ، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول طلب الفسخ أو رفضه أو منح المدين أجلا حسب الظروف وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد ، يتوخى بذلك الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه.⁽³⁾

(1):G Baudry-lacantinerie , L Barde, traité théorique et pratique de droit civil, (des obligations)T2 ;3eme éd, librairie de la société du recueil, paris,1907 paragraphe902,p94

عن بلحاج العربي، مرجع سابق،ص711.

(2): بلعبور عبد الكريم، مرجع سابق،ص91.

(3): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص711 (فقرة835).

ومن هنا، فإن عبارة الشرط الفاسخ الصريح أو الضمني التي كثيرا ما تتردد في الفقه والقضاء الفرنسيين، إنما هي عبارة غير دقيقة من الناحية الفنية.⁽¹⁾

وهو ما قامت محكمة النقض الفرنسية بتصحيحه في اجتهاداتها الحديثة ، بتركيزها في قراراتها على أنه " تأبى قواعد العدالة وحسب النية، أن يستمر أحد المتعاقدين مقيد بعلاقة عقدية ، لم يقدم المتعاقد الآخر ما يقابلها".⁽²⁾

ثانيا : فكرة العدالة كأساس للفسخ

ذهب فريقا من الفقهاء إلى تأسيس الفسخ على أساس فكرة العدالة، وتقتضي فكرة العدالة أن تكون الإلتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين متوازنة، فإذا إمتنع أحد الأطراف عن تنفيذ إلتزامه بعضه أو كله اختل التوازن وبالتالي جاز للطرف الآخر التحلل من إلتزامه عن طرق الفسخ هذا من جهة.وتقتضي فكرة العدالة من جهة ، أخرى في العقود الملزمة للجانبين بعدم إلتزام أحد الأطراف بالتنفيذ بالعقد إذ لم ينفذ الطرف الآخر إلتزامه ، فلا ضرورة للبقاء على هذا العقد كون ذلك مناف لقواعد العدالة.⁽³⁾

ويرى أنصار هذه النظرية أن الفسخ يقوم على فكرة العدل حتى في القانون الكنسي وعليه قامت دعوى الإسترداد في القانون الروماني .

نقد النظرية :

لم تسلم هذه النظرية من الإنتقادات حيث هناك من يرفض هذا الرأي ويستبعده ، ذلك أن فكرة العدالة فكرة وهمية وهي لا تصلح في نظرهم أن تكون أساس للنظام قانوني معين .

(1): عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص463.

(3) : Dans le contrat de travail. Le travailleur peut être immédiatement licencié en cas de vol, et plus généralement en cas de faut grave.cass.cn 1^{er}, 28/04/1987, D, 1988, jur ; pp1, Art 1184 du c.civFR) cass.com.28/04/1982,bull-civ,iv,n°145.

عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 712.

(3): بلعبور عبد الكريم، مرجع سابق، ص103.

- كما أن الأخذ بفكرة العدالة كأساس للفسخ يعني جعلها فكرة لخدمة الدائن دون المدين، في حيث أن فكرة العدالة في جوهرها تحمي كل من الدائن والمدين معا دون تمييز .
- فكرة العدالة لها طابع أخلاقي وهي فكرة مرنة تشمل كل الأنظمة والقانونية والأخلاقية بينما الفسخ لا يتعدى مجال تطبيقية العقود الملزمة لجانبين.(1)

ثالثا : فكرة ترابط الالتزامات كأساس للفسخ

يذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى تأسيس الفسخ على فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم لجانبين ، وتعرف هته الفكرة على أنها قيام دالة من التقابل بين الالتزامات على عاتق الطرفين ، مما يحصل تنفيذ التزام أحدهما مرتبط بتنفيذ التزام الآخر ، قيد وأمر طبيعي وعادلا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل وهذا الإلتزام عن طريق الفسخ وتقوم هذه الفكرة على ركنين هما :

لـ أن يكون إلتزام أحد الطرفين مقابل للإلتزام الآخر .

لـ أن يكون تنفيذ إلتزام أحد الطرفين سببا لتنفيذ إلتزام الآخر.(2)

- يعتبر الأستاذ السنهوري من المؤيدين لهذه النظرية ، حيث يقول من المؤيدين لهذه النظرية، حيث يقول : "ونوثر أن نجعل نظرية الفسخ مبينة على فكرة الارتباط ما بين الإلتزمات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين"(3).

كما نجد أيضا الأستاذ جميل الشرقاوي هذا إنجاز لهذا الرأي ، بعد أن كان يؤسس الفسخ على الإستدالة ، حيث يقول : " نستطيع أن نويد الرأي الذي يبرر نظام الفسخ بفكرة الإرتباط".(4)

(1): نفس المرجع، ص104.

(2): محمد حنون جعفر، فكرة ترابط الالتزامات المتقابلة و أثرها في العقود الملزمة لجانبين، مجلة كلية القانون العلوم السياسية، العدد05، جامعة كركوك، العراق، 2013، ص41.

(3): عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص785.

(4): جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص430.

نقد النظرية :

وجهت لهاته النظرية إنتقادات منها :

أن هذه الفكرة أي إرتباط الإلتزامات لا يوجد لها تقليل قانوني إلا إذا فسرت عن طريق السبب ، ومن ثم يكون أساس الفسخ هو السبب وليس الإرتباط.

الأخذ بفكرة الإرتباط كأساس للفسخ يتعارض مع نشأة نظرية الفسخ التي نشأت في ظل القانون الكنسي الذي لم يكن يعرف فكرة الإرتباط بمفهومها اليوم .

فإن العقد يفسخ فهو كالمحل، فالمحل إذا تخلف قبل إنعقاد العقد بطل العقد، أما إذا تخلف بعد إنعقاد العقد، فإن العقد يفسخ.

ولا يكون ذلك إلا بعد إعدار المدين قانونا، ما لم يتفق الطرفان على إستبعاد الإعدار (م119ق.م.ج)، ذلك أن الفسخ مكنه مقرر لمصلحة الدائن، يستعملها وفقا لتقديره دون حاجة إلى حكم القاضي.⁽¹⁾

و إذا إستوجب الأمر صدور حكم قضائي بالفسخ، فإنه يكون مقرر إلا منشئا و بقوة القانون، و لا يملك القاضي سلطة الإعتراض عليه قانونا.⁽²⁾

وهو ما إستقر عليه إجتهد المحكمة العليا في قراراتها المشهورة، و بكل وضوح بأنه: في العقود الملزمة، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض، إذا إقتضى الحال ذلك.⁽³⁾

ولا يعد طلب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد طلبا جديدا، بل هو طلب مشتق من الطلب الأصلي، ومرتب على الحكم بالفسخ أساسا، وتقوم المطالبة القضائية، مقام الإعدار في قضايا الفسخ.⁽¹⁾

(1): المحكمة العليا، غ.ت، مملف رقم115182، 1994/03/21، الجزائر. مق، 1994، العدد2، ص167.

(2): بلعيور عبد الكريم، مرجع سابق، ص55 و مابعدھا.

(3): المحكمة العليا، غ.م، 1989/10/30، ملف - رقم 34951، مق، 1990، عدد2، ص44.

رابعاً: فكرة السبب كأساس للفسخ

يؤسس أغلب الفقهاء الفسخ على فكرة السبب، و قد حظيت هذه النظرية بتأييد واسع من طرف الفقه و القضاء و هي لا تزال كذلك.

تقضي هاته النظرية أن إلتزام أحد الطرفين في العقود الملزمة للجانبين سبب إلتزام الطرف الآخر، فالسبب ليس فقط من أركان نشأة العقد كما يروج له خصوم نظرية السبب وإنما أيضا عنصر نفاذ في العقد. فالمتعاقد لا يبتغي من التعاقد أن يلتزم المتعاقد الآخر فقط، و إنما يريد أيضا أن ينفذ هذا الآخر التزامه، فالسبب إذن عنصر إنعقاد و نفاذ.

فلكي يبقى الإلتزام قائماً لابد أن يتحقق الغرض الذي استهدفه المتعاقد، فمتى أصبح تحقق هذا الغرض مستحيلاً نتيجة أمر فجائي، أو بخطأ المتعاقد الآخر، فإنه من غير الصواب أن يبقى المتعاقد الآخر على إلتزامه، و إنما يتحلل من هذا الإلتزام لعدم تحقق الغرض من العقد، كذلك إذا منعه قوة قاهرة أو سوء نية الطرف الثاني من أجل أن يحصل على المقابل فإنه لا يعود لالتزامه سبب و يتخلص من الوفاء بما تعهد به.⁽²⁾

حظيت هذه النظرية بتأييد من الفقه والقضاء كما سبق الذكر، فأما بالنسبة للفقه فنجد الأستاذ حشمة أبو ستيت: " و الرأي السليم هو أن يؤسس الفسخ على غرضه من العقد وحق لهذا أن يتحلل مما فرض عليه"⁽³⁾. أما القضاء فيظهر ذلك من خلال قضية **ceccaldi et albertini** الشهيرة.⁽⁴⁾

(1): المحكمة العليا، غ.م، 2007/11/21، ملف رقم 390/96، م.م.ع. 2006، العدد 1، ص 93.

(2): كسيلي مخلوف، مرجع سابق، ص 28.

(3): أحمد حشمة أبوستيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، ج 1، ط 2، مطبعة مصر، 1954، ص 340.

(4): هذه القضية متعلقة بعقد إيجار مع إلتزام المستأجر بغرس الكروم في الأراضي المستأجرة مع مضاعفة عدد هذه الكروم عن طريق عملية **le pravignage** خلال مدة ثلاث سنوات، و قد حدث أن حال دون هذه عملية **le phyllosera** وبالتالي وجد المستأجر نفسه عاجز عن تحقيق ما لزم به في تعاقد، فطالب المؤجر بفسخ العقد فرفضت محكمة **bustia** هذه الدعوى في 1887/01/12 كون عزم تنفيذ المؤجر لإلتزامه، راجع إلى سبب أجنبي و قد نقصت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار في 1891/04/19 و أقرت الآخر، فإذا لم ينفذ المتعاقد الآخر إلتزامه لأي سببه كان، لم يعد لألتزام المتعاقد الآخر سبب و بالتالي ينحل العقد.

نقد النظرية:

تعد الإنتقادات التي وجهها أنصار نظرية الترابط لنظرية السبب مردود عليها، ذلك أن فكرة الترابط لا تحليل لها إلا إذا فسرت بفكرة السبب، فالسبب هو الذي يوجد إرتباط بين الإلتزاميين المتقابلين فكأن من يقول بالإرتباط يأخذ بفكرة السبب و هو لا يشعر. كذلك قولهم لو أخذنا بنظرية السبب لكان البطلان هو الجزء لتخلف ركن من أركان العقد. و يجاب على ذلك أن السبب تختلف وظائفه فإذا تخلف مع كونه عنصر إنعقاد فإن العقد يبطل، أما إذا تخلف مع كونه عنصر نفاذ فالدائن في القانون المدني الجزائري الخيار، بين التمسك بالفسخ م119 ق.م و طلب التنفيذ العيني للعقد م164 ق.م.

كما أنه يجوز الإتفاق على فسخ العقد في حالة تحقق واقعة، يترتب على تحققها فسخ العقد من تلقاء نفسه، بناء على هذا الإتفاق م 120 ق.م.⁽¹⁾

و من هنا فإن أساس الفسخ هو نفس أساس الدفع بعدم التنفيذ، الذي هو إرتباط تنفيذ الإلتزامات المتقابلة. وهذا الإرتباط كما يبرر التوقف عن التنفيذ، يبرر أيضا طلب الإعفاء من التنفيذ، ووسيلة ذلك هي الفسخ.

الفرع الثالث: شروط الفسخ

حتى يوقع الفسخ، يجب أن تتوافر شروط، منها متعلقة بالعقد ومنها ماهي متعلقة بالمتعاقدين الذي يطالب بالفسخ، يتعين لطلب الفسخ ان يكون العقد ملزما للجانبين ، وأن يكون أحد المتعاقدين لم ينفذ إلتزامه العقدي، وأن أن يكون المتعاقد طالب فسخ قد إلتزامه العقدي أو مستقيدا لتنفيذه .

1- أن يكون العقد ملزما للجانبين :

تشكل العقود الملزمة للجانبين النطاق الخاص الذي تطبق عليه نظرية الفسخ، ويبرر ذلك بكون العقود الملزمة للجانبين تكون فيها الإلتزامات المتقابلة مترابطة،⁽¹⁾ فإذا إمتنع أحد

(1): بلحاج العربي، مرجع سابق، ص713، فقرة 837.

الطرفين عن تنفيذ إلتزامه فلا حاجة للطرف الآخر أن يبقى على إلتزامه بل يمكنه أن يتحلل منه طريق الفسخ .

حيث يتضح من الفقرة الأولى من النص المادة 119 م.ج، أن مجال الفسخ هو في العقود الملزمة للجانبين التبادلية ، ذلك لأن الفسخ مبني على فكرة الإرتباط التي تكون بين الإلتزمات المتقابلة ، أما العقود الملزمة بجانب واحد كالوثيقة بغير أجر والهبة بدون عوض ، فلا يوجد فيها إلا مدين غير الدائن ، فإذا ما أخل المدين أو الملتزم بالإلتزامه بعدم التنفيذ.(2)

فإنه لا يتصور أن يطالب الطرف الآخر بالفسخ ، وهو الدائن غير مدين ليس في ذمته أي إلتزام ليتحلل منه فمصلحته تكون في طلب تنفيذ العقد لا في فسخه.(3)

ويعتبر هذا الشرط عام في جميع أنواع الفسخ سواء كان بحكم القاضي الإلتفاق أو بحكم القانون ، فالفسخ يرد على جميع العقود التبادلية (بإستثناء عقد الإيراد المرتب لمدى الحياة) ويتسع لجميع هذه العقود، وفقا لما تسهل به المادة 119/ف1 من ق.م جزائري ، ولو كانت إحتمالية، ولا فرق هنا الشأن حيث العقد الفوري والعقد الزمني.(4)

وعلى هذا فإن مجال فسخ هو في العقود التبادلية الملزمة للجانبين ، حيث يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد مع التعويض(م119 و176 و124 المعدلة عام 2005 من ق.م) إذا

(1): السنهوري، مرجع سابق ،ص955، بند467

(2): محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام العقد والإدارة المنفردة، ص الرابعة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر 2009 ، ص.ص 349،350.

* 119 ق م ج: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف ص350 أحد المتعاقدين بالإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات".

(3) : نفس المرجع ص956 بند8.

(4): المحكمة العليا ، غ.م 1985/10/30 ملف رقم 34951، م.ق، 1990، العدد 2 ص 44.

لم يرق المدين بتنفيذ الإلتزامات التبادلية المرتبة عن العلاقة العقدية ، ولا يكون ذلك إلا بإعذار المدين ، مالم يتفق الطرفان على إستبعاد الإعذار (م 119 و 179 من ق.م.ج .)⁽¹⁾

ويجب لإمكان وقوع الفسخ أو إنحلال العقد أن تتوافر شروط ثلاثة وهي :

- 1- أن يخل أحد المتعاقدين بالإلتزامه .
- 2- أن يكون طالب الإلغاء قد نفذ الإلتزامه أو مستعد لتنفيذه .
- 3- أن يكون طالب الإلغاء قادرا على إعادة الحالة إلى ماكانت عليه قبل العقد.⁽²⁾

2- أن يكون أحد المتعاقدين أخل بالإلتزاماته :

يعتبر هذا الشرط شرطا جوهريا للمطالبة بالفسخ ، فلا يمكن للمتعاقد المطالبة بالفسخ إلا إذا ينفذ المتعاقد الأخر إلتزاماته وان يكون عدم التنفيذ راجع إلى المدين.⁽³⁾ كما لو أتلّف البائع الشيء المبيع مثلا ، أو أن التنفيذ العيني لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يرق بالتنفيذ ، كما لو إمتنع الناقل عن تنفيذ إلتزامه بنقل بضاعة الدائن وهكذا .

ففي هذه الحالات يجوز للدائن أن يطالب بالفسخ العقد ، من وقت جحود المدين لإلتزامه التعاقدى (م 1/119 ق.م) أو المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية (م 176 ق.م) كما يجوز له المطالبة بالتنفيذ الإلتزام طالما بقي ممكنا (م 121 المعدلة سنة 2005 و 174 و 176 و 307 من القانون المدني الجزائري).⁽⁴⁾ فالفسخ جزاء يتقرر لصالح الدائن عند عدم وفاء المدين بالإلتزامه، ويستلزم القانون إعذار المدين قبل طلب الفسخ .

(1): بلحاج العربي مرجع سابق ،ص 715 بند 840.

(2): محمد صبري السعدي، مرجع سابق ص 350.

(3): جميل الشراوي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج 1، دار النهضة العربية ،القاهرة 1995 ، ص 430.

(4): المحكمة العليا ، 16/03/1983 ، ملف رقم 30914 ،م،ق، 1989، 2، ص 39.

فإذا كان سبب إستحالة تنفيذ الإلتزام لا يرجع إلى مدين، بل إلى سبب أجنبي، كقوة قاهرة مثلا، فإن الإلتزام ينقضي ويترتب عليه إنقضاء الإلتزام المقابل ، وينفسخ العقد بقوة القانون، وهذا مايعرف بالإنفساخ. ⁽¹⁾ (م121و176 و307 من القانون مدني).

إذا قام المدين بتنفيذ جزء من إلتزامه ،فإن الدائن يحق له المطالبة بالفسخ، ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي، أن يكون تنفيذ الدائن لإلتزامه معيبا، وفي هذه الحالة للقاضي سلطة التقدير.

3- أن يكون طالب الفسخ قد نفذ إلتزامه أو مستعد لتنفيذه :

فلا يجوز للمتعاقد الذي أخل بإلتزاماته طلب الفسخ إلا إذا كان قد وفى بها أو على الأقل كان مستعد للوفاء بها،إذا ليس من العدل أن يكون طالب الفسخ مخلا بإلتزامه ويطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما إلتزام به ، وهذا شرط (منطقي) قانون منطقي ، حيث لايجوز من منطلق العدالة والإنصاف أن يطالب المتعاقد بالفسخ في الوقت الذي أخل فيه إلتزامه العقدي.² وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بحث في هذا الصدد بأنه :

من المقرر قانونا أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره أن يطالب بالفسخ العقد مع التعويض إذا إقتضى الحال ذلك، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان ثابتا، في قضية الحال أن المطعون ضدها لم تنكر وجود عقد الوعد بالبيع بينها وبين الطاعن وأنها طالبت بالفسخ لهذا العقد دون إعدار المدين، وهي بذلك فقد أخلت بإلتزامها التعاقدية مسببة ضررا للمدعي الذي من حقه أن يطالب بتعويض عما أصابه منه طبقا للمادة 124 من ق.م.ج فإن إكتفاء قضاة الإستئناف برفض دعوى تعويض الطاعن تأسيسا على أنه هو الآخر قد إرتكب خطأ

(1): محمد صبري السعدي، مرجع سابق، 350.

(2): المحكمة العليا، غم، 1985/10/30 ، ملف رقم 15943 م. ق. ، 1990 العدد 2 ص144 فإن إعتفاء قضاة الإستئناف برفض دعوى الطاعن ، تأسيسا على أنه هو الآخر قد إرتكب خطأ لكون المطعون ضدها أكدت بأنها طالبت بدفع باقي الثمن ، بهدف الإسراع في عملية إتمام البيع ، ولكنه رفض وتماطل ، فإنهم بقضائهم هذا لم يسببوا قرارهم تسببيا كافيا ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"

لكون المطعون ضدها أكدت بأنها طالبت بدفع باقي الثمن بهدف الإسراع في عملية إتمام البيع ولكنه رفض وتماطل.⁽¹⁾

4- ان يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الحالة إلى ماكتب عليه قبل العقد:

لأن الفسخ يترتب عليه إعتبار العقد كأن لم يكن وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، وهذا وفقا لأحكام المادة 122 من ق.م.ج التي تقضي بأنه ، إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين إلى حالة التي كان عليها قبل العقد، فإن إستحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض.⁽²⁾ ومثال ذلك إذا إستلم المشتري كمية من البيع كجزء من المبيع وبهذه الكمية فإن لا يستطيع طلب فسخ عقد البيع ، إذا لم يسلمه البائع باقي المبيع لعدم إستطاعته رد ما تسلمه إلى البائع لأنه لا يستطيع نزع ماباعه من يدي المشتري ، إذا في هذا إخلال بالتزامه بالضمان ما حالة عدم إستطاعة المدين رد الشيء إلى أصله أي إعادة الحالة إلى ما كنت عليه قبل العقد فإن ذلك لا يمنع من الحكم بالفسخ وفي هذه الحالة يقضي عليه بالتعويض.⁽³⁾

هذه هي الشروط القانونية التي يجب توافرها لكي يحكم القاض بالفسخ غير أنه يجب وفقا للمادة 119/ق.1 من ق.م.ج إعدار المدين أي إخطاره وتنبيهه وتكليفه كتابة بالوفاء حالا وذلك بإنذار أو بما يقوم مقام الإنذار وفقا للمادة 180 و181 ق.م.ج ، بورقة رسمية على يد محضر قضائي أو بطرق البريد المسجل المضمون بعلم الوصول ، أي يتضمن إشعارا بالإستلام على الوجه المبين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.⁽⁴⁾

(1): محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 351 .

(2): علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام -مصادر الإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1990، 07.

(3): محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص 352.

(4): وقد إستقر إجتهد المحكمة العليا على وجب الإعدار قبل المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه ، وأنه إجراء ضروري وليس إختياري ، كما انه يجوز طلب فسخ العقد مع التعويض ، غير أنه لا يجوز منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد

المطلب الثاني: تميز الفسخ عن النظم القانونية المشابهة له:

يهدف نظام الفسخ بإعتباره نظاما قانونيا، إلى حماية القوة الملزمة للعقد كقاعدة عامة وإلى حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين بصفة خاصة ولكن تجدر الإشارة إلى أنه لا يعتبر النظام القانوني الوحيد الذي يهدف على ذلك بل توجد على جانبه أنظمة قانونية أخرى، تهدف على تحقيق نفسه الغاية ويتعلق الأمر بالبطلان، الإلغاء، عدم النفاذ .

الفرع الأول: تميز الفسخ عن البطلان:

العقد يكون صحيحا أو يكون باطلا مطلقا أو قابل للإبطال أو موقوفا ونجد المشرع الجزائري حدد القواعد والشروط اللازمة لإعتبار العقد صحيحا بموجب نصوص قانونية هي المواد 59 إلى المادة 98 من القانون المدني الجزائري ثم تلي ذلك مباشرة، نظام الجزاء الذي يترتب على عدم إحترام هذه النصوص في المواد من 99 إلى 105 من القانون المدني الجزائري، ومن خلالها تبين أن البطلان هو عبارة عن جزاء صارم وضعه المشرع بالنسبة إلى جميع العقود وبصرف النظر عن كونها ملزمة للجانبين أو بجانب واحد، جزاء البطلان يختلف من حيث القوة والصرامة باختلاف نون القاعدة القانونية التي أوجبه المشرع ولم تراع في العقد.⁽¹⁾ بحيث إذا اختلف ركن من أركان العقد أو الشرط من شروط صحته أو إذا نص القانون على ذلك، كان جزاء هو البطلان المطلق أما إذا توافرن أركانه جميعا ولكن أحد المتعاقدين كان ناقص الأهلية، أو أصيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة كان الجزاء أقل صرامة، وهو قابلية العقد للإبطال.⁽²⁾ ويختلف البطلان عن نظام الفسخ من عدة جهات :

1- **أوجه الشبه:** يتفق الفسخ مع البطلان في أنهما يزيلان الرابطة التعاقدية.⁽³⁾ ويلتقيان على وجه الخصوص في كونهما يهدفان إلى حماية مصلحة الدائن دون مصلحة المدين.⁽⁴⁾

(1): عبد الحميد الشواربي ، البطلان المدني ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1991 ص84

(2): محمد حبار ، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، وفي الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل

لدرجة الدكتوراه الدولة في القانون الخاص ، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية جامعة الجزائر ص 71

(3): جميل الشراوي ، بطلان التصرف القانوني أطروحة دكتوراه جامعة فؤاد الأول ، القاهرة 1956 ، ص 173

(4): بلعبيور عبد الكريم مرجع سابق ، ص120.

2-أوجه الاختلاف :

أ- من حيث السبب:

سبب الفسخ هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزاماته سواء عدم التنفيذ بسبب المدين أو بسبب أجنبي أما البطلان فسببه تختلف أحد أركان العقد الأساسية وهنا هو البطلان المطلق ، أما البطلان النسبي فسببه نقص أهلية أحد المتعاقدين ، أو عيب شاب رضاه و إرادته.⁽¹⁾ وهو ما أخده المشرع الجزائري .

ب- من حيث الوصف:

يرد الفسخ على العقد بعد أن يكون قد نشأ نشأة صحيحة ، ويترتب على ذلك أنه منتج لأثاره القانونية منذ تكوينه.⁽²⁾ ويتبين ذلك من خلال المقارنة بين المواد من 119 و120 و 121 المتعلقة بالفسخ والمواد من 81 إلى 97 المتعلقة بالبطلان بنوعيه، مما يعني أن العقد كان صحيحا في جميع جوانبه القانونية.

في حين يرد البطلان المطلق على عقود لم تتكون منذ إبرامها تكوينا سليما وبذلك يكون نظام الفسخ لاحقا لإبرام العقود " بينما البطلان، فهو معاصرا لتكوينها من حيث وجوده"⁽³⁾

(1): كسيلي مخلوف ، مرجع سابق ،ص120.

(2):حمو حسينة ،أنحلال العقد عن طريق الفسخ،مذكرة لنيل درجة الماجستير ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،2011/12/20 ص9.

(3): Gilles Cernay ,la nullité ou la résolution du contraste RTT//WWW.lecide, 10/04/2022,

ج- من حيث النطاق:

إن نظرية البطلان أوسع نطاقاً من نظرية الفسخ ، ذلك أن الفسخ يفترض وجود عقد صحيح ولكن واقعة لاحقة على نشوئه هي التي أجازت طلب فسخه والتي تتمثل في عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه .

أما البطلان ليس سببه عدم التنفيذ ، ويطبق سواء كان العقد ملزماً لجانبين أو ملزماً لجانب واحد.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الإلغاء:

1- **أوجه الشبه:** يتفق الفسخ مع الإلغاء في حل الرابطة التعاقدية من الوسائل التي تتحلل بها العقود.

2- **أوجه الاختلاف:** الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ الإلتزامات، يستعمله الطرف الذي نفذ إلتزامه في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزاماته، أما الإلغاء فهو قرره القانون للمتعاقدين ، في حال لم تعد لأحدهما أو لكليهما مصلحة من البقاء في إطار الرابطة التعاقدية، لا يتقرر الفسخ إلا بحكم قضائي ،أما الإلغاء فإنه وكقاعدة عامة يمارسه من تقرر بمصلحته بإرادته المنفردة في بعض الحالات التي أجاز القانون فيها ذلك.⁽²⁾

- يؤدي الفسخ إلى حل العقد بأثر رجعي، تزول بمقتضاه كافة آثاره ويصبح كأن لم يكن، وعليه يمكن ان يمسه بحقوق الغير بجانب واحد أو لجانبين.⁽³⁾

الفرع الثالث: تمييز الفسخ عن عدم النفاذ:

لقد أقر القانون المدني إلى جانب نظام الفسخ لحماية الدائن ضد مدينه أقر إلى جانبه حماية أخرى يحققها الدائن عن طريق المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه، فقد

(1): حمو حسينة ،نفسه المرجع ص9.

(2): كسلي مخلوف ، مرجع سابق ، ص 16.

(3): مليكة مراد ،إلغاء التصرف القانوني ،مذكرة ماجستير ، تخصص عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس ، 2010، ص 40.

يحدث في الحياة العملية لأن يبرم المتعاقدان عقد معنيا وفقا للقانون فيكون العقد مبرما صحيحا، منتجا لآثاره القانونية ، لكن المدين يعتمد قبل أن ينفذ العقد إلى بيع أمواله الظاهرة ليقضي ثمنها عن الدائن .

ولما كان من الضروري حماية الدائن من هذه التصرفات، فقد نظم المشرع الجزائري وعلى غرار القوانين المدنية العربية والغربية والتي ترى أن التصرفات المدين في هذه الحالة لا تسري في مواجهة الدائن، نظم المشرع الجزائري عدم النفاذ في مواضيع مختلفة من القانون المدني ففي مجال العقود التي أنشأت سليمة نجد م 191 من ق.م تجيز للدائن الذي له حق مستحق الأداء، أن يطلب عدم النفاذ تصرفات مدينة التي تضر بحقه إذا كان قد قام بهذا التصرف بقصد الإضرار به.⁽¹⁾

وتقرر عدم النفاذ كنظام قانوني من أجل حماية الدائن من تصرفات مدينة خاصة في الوقت السابق على حلول أجل حماية تنفيذ العقد ، إذ لا يستطيع الدائن بمطالبة بفسخه لهذه العلة وفي ذلك خطر يهدده فيما لو أصبح مدينه معسرا ، ولذلك أجاز القانون للدائن إستبعاد ما يهدده من تصرفات المدين عن طريق عدم النفاذ، وذلك باللجوء إلى إستعمال الدعوى البوليسية إذا ما توافرا شروطها، فهي تحقق له عدم سريان تصرف مدينه في حقه مع بقاء العقد منتجا لآثاره فيما بين عاقدية⁽²⁾، ولكن يجب أن نفرق بين نظام الفسخ وعدم النفاذ وذلك من حيث :

أ- من حيث الأثر القانوني:

إن الحكم بعدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائئه ، لا يؤثر باي حال من الأحوال على العقد الذي يربط مدين بمن تصرف إليه ، بل يبقى قائما ، منتجا لآثاره القانونية بينه وبين

⁽¹⁾:عبد الكريم بلعور ، مرجع سابق ، ص 139.

⁽²⁾:عبد الحكم فودة ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1993 ، ص140.

المتصرف إليه ، بينما إذا تحقق الفسخ فإن يهدم العقد وما رتبته من إلتزامات تعاقدية بأثر رجعي .

ب- من حيث صاحب الحق :

يقتصر الحق في التمسك بالفسخ على طرفي العقد في حين لا يتمسك بعد النفاذ إلا من لم يكن طرفا في العقد الذي يراد عدم نفاذه إتجاهه، فهو يعد من الغير بالنسبة للتصرف الذي قام به المدين مع شخص ثالث.⁽¹⁾

ج- من حيث الاستفادة :

إذا تقرر الفسخ باية طريقة من طرف فسخه فإن الذي يستفيد منه مباشرة هو المتعاقد الذي طلبه، وليس للدائنين الآخرين، أن يتحللوا من إلتزاماتهم الناشئة عن ذات العقد الذي تم فسخه، لأن العقد لا يزال قائما بالنسبة إليهم.⁽²⁾ بينما إذا تقرر عدم النفاذ فإن أثره يشمل جميع الدائنين، ولا يجوز قصره على من طلبه دون بقية الدائنين

الفرع الرابع: تمييز الفسخ عن الإقالة(التقابل)

إن المقصود بالإقالة، هو إتفاق يقع بين طرفي العقد يهدف وراثته المتعاقدان إلى حل الرابطة التعاقدية، يرد على عقد تم إبرامه بشكل صحيح ويجوز إستعمال الإقالة بصرف النظر عن التنفيذ ومجال تطبيقها هي العقود الملزمة للجانبين .

ولقد عرف الفقه الإسلامي فكرة الإقالة، بإعتبارها سببا من أسباب إنحلال العقد، وعالجها فقهاء الشريعة الإسلامية بشكل مفصل .

غير أن القانون المدني الجزائري، لم ينص صراحة على فكرة الإقالة، وإن كانت المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي باءت بقاعدة العقد الشرعي المتعاقدين، ترمي إلى نفس

(1):حمو حسينة ،مرجع سابق ،ص12.

(2):عبد الكريم بلعبور ، مرجع سابق ،ص125

الهدف الذي ترمي إليه الإقالة، إذ تنص المادة " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

ذلك أن (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين) تقضي أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا بالاتفاق، الشيء الذي يوحي بجواز الإقالة بطريق غير مباشر، وهو الحكم المستفاد من المادة المذكورة.

وقد يبدو لأول وهلة الإقالة تشبه الفسخ الإتفاقي الوارد في نفس المادة 120 من القانون المدني الجزائري، غير أن هذا التقارب بين النظامين لا يجعلها نظاما واحدا.⁽¹⁾ فنتمتةفروق ظاهرة بينهما.

أ- من حيث الحكم القضائي:

إذ يجوز حل العقد عن طريق التقابل بمجرد رضا المتعاقدين، دون حاجة لتدخل القضاء، على الأمر في حالة الفسخ.

ب - من حيث السبب:

إذ أن الإقالة لا يبحث في أمرها عن عدم التنفيذ، فلا علاقة لذلك بالإقالة عكس الأمر في الفسخ الإتفاقي .

ج- من حيث الأثر الرجعي:

إذ لا يعمل بالأثر الرجعي في مجال الإقالة كقاعدة عامة ، بخلاف الأمر في الفسخ الإتفاقي.⁽²⁾

(1):حسين تونسي ، إنحلال العقد (دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاولة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، جوان 2004، ص 27، 28).

(2):السنهوري عبد الرزاق ، مرجع سابق ، ص 778.

وبذلك يتضح أن الإقالة نضام خاص، يؤدي إلى إنحلال العقد ، يختلف عن الفسخ والإفساخ، يجوز إستعماله في مجال العقود الملزمة للجانبين ،بناء على الإتفاق اللاحق لإبرام العقد إلا أن المشرع الجزائري لا يعمل بها صراحة .

المبحث الثاني: أوجه فسخ الرابطة العقدية

يقصد بانحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدين بموضوع العقد، ويفترض في إنحلال العقد وجود عقد قائم منتج لآثاره، ورد عليه سببا أزال وجوده ومحا آثاره.

وقد نظم المشرع الجزائري إنحلال العقد في القسم الرابع من الفصل الثاني من الكتاب الثاني من التقنيين المدني الجزائري في المواد 119 إلى 123 منه، وتشكل هذه المواد النظرية العامة لإنحلال العقد في القانون الجزائري.

ولما كان العقد ينحل بعدة طرق طبقا للنصوص القانونية -سالفة الذكر-، إختارنا دراسة هذه الطرق حسب الترتيب الوارد في القانون مخصصين لذلك ثلاث مطالب، المطلب الأول يشمل الفسخ لعدم التنفيذ وينطوي تحته كل من الفسخ القضائي والفسخ الإتفاقي. أما المطلب الثاني فتطرقتنا فيه للفسخ لعدم إمكان التنفيذ (الإفساخ) وكمطلب ثالث؛ الدفع بعدم التنفيذ.

المطلب الأول: الفسخ لعدم التنفيذ

يعتبر الفسخ أهم الطرق والوسائل القانونية التي تنحل بها العقود وذلك بإتفاق أغلب التشريعات، حيث نظمت أحكامه وحددت شروطه ونطاقه.

وكما تم ذكره سابقا، فالفسخ في فقه القانون هو إنتهاء العقد قبل تنفيذه بسبب إخلال أحد المتعاقدين لإلتزامه وزوال آثاره بأثر رجعي، وذلك بتوافر شروط لوقوع الفسخ.

ومن خلال نصوص المواد 119، 120، 121 ق.م.ج، يتضح لنا أن الأصل في الفسخ يكون قضائيا أي لا يتقرر إلا إذا قضت به المحكمة. وهذا ما ذهب إليه معظم

التشريعات الحديثة ماعدا التشريع الألماني، الذي جعل الأصل في الفسخ إرادة الدائن المنفردة حسب نص المادة 326 من تشريعه.⁽¹⁾

غير أنه يجوز للمتعاقدين الإتفاق على وقوع الفسخ إذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته وهو ما يعرف بالفسخ الإتفاقي، وهذا ما سنتناوله بالدراسة كل على حدا.

الفرع الأول: الفسخ القضائي

من خلال نص المادة 119 ق.م.ج يتضح أن الفسخ القضائي يعتبر أمرا اختياريا للدائن، فله أن يطالب به أو يطلب بتنفيذ العقد، وإذا إختار الدائن المطالبة بالفسخ فإن هذا الأخير لا يقع بمجرد اخلال الطرف الآخر بالتزامه، وإنما لا بد من صدور حكم قضائي.

وهنا سنتعرف على المقصود بالفسخ القضائي وإجراءاته.

أولا: تعريف الفسخ القضائي

يعرف الفسخ القضائي بأنه ضرورة اللجوء للقضاء من طرف الدائن للمطالبة بالإلتزام الذي لم ينفذ من قبل المدين، وحل العلاقة التعاقدية وهذا بعد إعداره مطالبا إياه بالتنفيذ الفوري.

ونجد تعريف آخر بأنه: "حل ارتباط العقد بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ إلتزامه في عقد ملزم للجانبين ويكون ذلك بناء على طلب يرفع من أحد المتعاقدين إلى القاضي يطلب فيه فسخ العقد".⁽²⁾

أما القانون المدني الجزائري وحسب م 119 منه فقد عرفته: "في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك".

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص ص 272-273.

(2) محمد عبد الملك محسن المحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006، ص 86.

الأصل في الفسخ أن يتم بحكم قضائي، وهذه قاعدة عامة بالنسبة لجميع المنازعات التي تحدث بين الأطراف، والحكمة من جعل الفسخ القضائي هو الأصل هو تفادي ما يمكن أن يقع من أحد المتعاقدين من ظلم إذا إستعمل الفسخ بإرادته المنفردة. إذ قد يعتمد إلى تحقيق مصلحته على حساب المتعاقد الآخر فيفسخ العقد ويتخلص من إلتزاماته.⁽¹⁾

وما يبدو من خلال نص المادة 119 ق.م.ج أن المشرع لم يفرض تدخل القضاء لأنه لم يفصح عن ذلك صراحة، إلا أن عبارات النص تدل ضمناً على ذلك كقوله: "يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه"، فالمطالبة لا تكون إلا من القضاء.⁽²⁾

وحتى يتمكن الدائن من إستعمال حقه في طلب الفسخ القضائي، لا بد من توافر الشروط العامة للفسخ والتي سبق وأن تطرقنا إليها في المبحث الأول من دراستنا هذه بالتفصيل والتي تتمثل في أن يكون العقد ملزم للجانبين، إمتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ الإلتزام، وقدرة الدائن على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

وإضافة إلى توافر الشروط السابقة الذكر، وجب إتباع إجراءات قانونية شكلية حتى يكون طلب المتعاقد الذي يريد الفسخ القضائي صحيحاً من الناحية الموضوعية والشكلية، وهذا ما سنتطرق له في النقطة الثانية.

ثانياً: الإجراءات القضائية لفسخ العقد

إذا قرر الدائن رفع دعوى الفسخ، فعليه أن يمر بمراحل هذه الدعوى وهي:

الإجراء الأول: إعداز المدين

حسب نص م 119 ق.م.ج، يتعين على طالب الفسخ أن يكون قد أعدز المدين مطالباً إياه بالتنفيذ فوراً قبل رفع دعوى الفسخ، ولا يعتبر الدائن متحلاً من إلتزاماته نحو المدين، إلا بصدر حكم يقضي بفسخ العقد.

(1) كسيلي مخلوف، مرجع سابق، ص 31.

(2) حمو حسينة، مرجع سابق، ص 28.

وهذا لا يعني أن دعوى الفسخ لا تكون غير مقبولة دون الإعذار لأن رفع الدعوى في حد ذاته يعتبر إعذار، فإذا رفع الدائن دعوى الفسخ دون إعذار فإنه يتحمل مصاريفها.⁽¹⁾

وفائدة الإعذار هو إثبات تقصير المدين في الوفاء بإلتزامه من ناحية، كما يجعل القاضي أكثر إستجابة لطلب الفسخ إذ أن المدين يصبح في صورة الممتنع عن التنفيذ.⁽²⁾ ومن ناحية أخرى يجعل القاضي أقرب إلى الحكم على المدين بالتعويض فوق الحكم بالفسخ⁽³⁾، وقد نصت م 179 ق.م.ج على: "لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

إلا أن هناك حالات نصت عليها المادة 181 من القانون المدني الجزائري يكون الإعذار فيها غير ضروري وهي:

- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام وأصبح غير مجد بفعل المدين؛
- إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب على عمل مضر؛
- إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك؛
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ إلتزامه.⁽⁴⁾

والإعذار يعتبر شرطا ضروريا قبل رفع دعوى الفسخ، وهذا ما يراه المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري وباقي التشريعات الأخرى، ما عدا المشرع الفرنسي الذي سكت في المادة 1184 قانون مدني فرنسي ولم ينص صراحة على وجوب إعذار الدائن للمدين في حالة إخلاله بإلتزامه، وقد انقسم الفقه الفرنسي بشأن هذه المسألة بين معارض ومؤيد.⁽⁵⁾

(1) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 34.

(2) عبد الكريم بلعير، مرجع سابق، ص 173، نقض مدني سوري، قرار رقم 1940، أساس 1234: تاريخ: 1976/12/20.

(3) محمود المصري، أحمد عابدين، مرجع سابق، ص 27.

(4) كسيلي مخلوف، مرجع سابق، ص 31، 32.

(5) قرار المحكمة العليا غ.م، 2000/01/12 م.ق، 2001، العدد 1، ص 110.

الإجراء الثاني: رفع دعوى الفسخ

يجب على الدائن بعد إعدار المدين وعدم استجابته لتنفيذه الالتزام، يقوم برفع دعوى الفسخ أمام القضاء. لأن الفسخ لا يتقرر إلا بحكم القضاء، وحكم القاضي يعتبر منشأً للفسخ لا كاشفاً عنه. وتستند دعوى الفسخ إلى الشرط الفاسخ الضمني، فكل متعاقد يهدف من تنفيذ التزامه تحميل المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه المقابل، وإذا تخلف الطرف المدين وأخل بالتزامه يحق للدائن رفع دعوى الفسخ حتى لو خلا العقد من شرط صريح فاسخ.⁽¹⁾

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمني كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده لا يقتضي بداته الفسخ بل لا بد لفسخ العقد حكم قضائي صادر بناءً على طلب البائع عن طريق رفعه للدعوى وذلك لجواز اختيار تنفيذ العقد لا فسخه.⁽²⁾

والفائدة من رفع دعوى الفسخ هي أن الإعدار الذي يقوم به الدائن عند حلول أجل تنفيذ الالتزام العقدي يعطي له الحق في العدول قبل الحكم به إلى طلب التنفيذ عينياً أو بمقابل، كما أنه إذا كان قد رفع دعوى بطلب التنفيذ أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ، وللمدين قبل الحكم بالفسخ أن ينفذ التزامه العقدي ولا يبقى حينئذٍ إلا أمر التعويض عن التأخير.⁽³⁾

إن مصدر حق طلب الفسخ هو العلاقة التعاقدية التي تربط الدائن بالمدين بينما مصدر الدعوى هو النزاع القائم حول ما رتبته العقد من التزامات تعاقدية، فالدعوى وسيلة قانونية لحماية الحقوق، فلا يجوز الإتفاق على حرمان أحد الطرفين من رفعها ولو كان ذلك بإتفاق الأطراف، فإتفاق الدائن مع المدين على عدم رفع دعوى الفسخ في حالة قيام المدين

(1) حسين تونسي، انحلال العقد، مرجع سابق، ص 43، عن السنهوري: الوسيط، مجلد 1، ص 703

(2) حمو حسينية، مرجع سابق، ص ص 30-32.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص 895-896.

بعدم التنفيذ إتفاق باطل يرفضه المنطق القانوني، ذلك أن الدائن يصير تحت وطأة المدين إن شاء نفذ وإن أبي فلا وسيلة ثمة لحمله على التنفيذ.⁽¹⁾

الإجراء الثالث: ضرورة صدور حكم بالفسخ

إن تحقق الشروط والإجراءات القانونية السالفة الذكر لا تؤدي إلى تحقيق النتيجة المرجوة وهي فسخ العقد، ومن ثم تحلل الدائن من التزاماته نحو المدين ذلك أنه قد يحدث بعد رفع دعوى الفسخ أن يقوم المدين بالتنفيذ فلا يكون هناك فسخ، وقد لا يستجيب القاضي إلى طلب الدائن بالفسخ لما له من سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ من عدمه.

لذلك لا بد من ضرورة صدور حكم قضائي يقضي بفسخ العقد، ويعتبر الحكم منشئ له لا كاشفا.⁽²⁾

يخلص من نص المادة 119 ق.م.ج تقابلها المادة 158 ق.م.م: أنه يتعين على طالب الفسخ أن يكون قد أعذر المدين مطالبا إياه بالتنفيذ فورا قبل رفع دعوى الفسخ، ولا يعتبر الدائن متحلا من التزاماته نحو المدين، إلا بصدر حكم يقضي بفسخ العقد.

الفرع الثاني: الفسخ الاتفاقي

تنص المادة 120 ق.م.ج على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها، وبدون حاجة إلى حكم قضائي".⁽³⁾

وبناء عليها يجوز للأطراف المتعاقدة الإتفاق على الفسخ عند عدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته وإتفاق على الفسخ بتفاوت درجاته من حيث أثره.⁽⁴⁾

(1) بلعبور كريم، مرجع سابق، ص 176.

(2) بلعبور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 176.

(3) الأمر 75-98، المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، م 120.

(4) عبد المالك محسن المحبشي، مرجع سابق، ص 101.

كما يتبين أن المادة 119 ق.م.ج وباقي المواد الأخرى من التشريعات التي تنص على الفسخ القضائي، لا تعتبر متعلقة بالنظام العام، إذ يجوز إتفاق الأفراد على الفسخ عند عدم الوفاء بالالتزام، ويعتبر العقد من مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه.⁽¹⁾

أولاً: تعريف الفسخ الاتفاقي

بناء على المواد السابقة يعرف الفسخ الاتفاقي على أنه إتفاق المتعاقدين على فسخ العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى حكم القاضي، وذلك بمجرد حصول الاخلال بالالتزام شريطة أن تتصرف إرادتهما إلى تحقيق هذا الأثر دون شك أو غموض⁽²⁾. وهذا ما يعرف بالشرط الفاسخ.

كما قد عرف الفسخ الاتفاقي بأنه: "حل ارتباط العقد بسبب عدم التنفيذ بمقتضى اتفاق صادر عن المتعاقدين قبل حصول عدم التنفيذ أو هو إتفاق طرفي العقد على أن يكون لأحدهما وهو الدائن في الالتزام الذي لم ينفذ فسخ العقد بإرادته المنفردة بواسطة تعبير عن الإرادة يوجه إلى الطرف الآخر".⁽³⁾

ولقد أجاز القانون هذا النوع من الفسخ حتى يجنب المتعاقدين ببطء اجراءات التقاضي، وكذا الاحتمالات المختلفة التي تتجم عن السلطة التقديرية الواسعة المخولة للقاضي في الفسخ القضائي⁽⁴⁾.

وإذا اقتضى الأمر رفع دعوى عند المنازعة حول الشرط، فإن الحكم الصادر بالفسخ يعد مقررراً لا منشأ له.⁽⁵⁾

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 899.

(2) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 46.

(3) عبد المالك محسن المحبشي، مرجع سابق، ص 101.

(4) كسيلي مخلوف، مرجع سابق، ص 39.

(5) محمد وحيد الدين السوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ج 1، مطبوعات جامعة دمشق، د.س.ن، ص 409.

وتنظر المحاكم إلى الشرط الفاسخ الصريح نظرة إرتياب لأنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، كما أنه غالباً ما ينم عن رغبة في الدائن في القسوة على مدينه، هذا ما دفع القضاء إلى تفسيره تفسيراً ضيقاً.⁽¹⁾

وحتى يتحقق الفسخ الإتفاقي لابد من توافر أيضاً شروط، وهذا ما سنتطرق له في النقطة التالية:

الشرط الأول: أن يحصل بين المتعاقدين إتفاق على الفسخ (شرط فاسخ)

ويتم ذلك بوضع العاقدين لشرط فاسخ صريح حين إنعقاد العقد، وإعتباره مفسوخاً إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته، غير أن هذا الشرط لا يعني عدم التجاء من يتمسك به إلى القاضي بطلب الفسخ إلا أنه يكون مانعاً للقاضي من ممارسة سلطته التقديرية، وما عليه إلا التحقق من وجود الشرط والحكم بالفسخ. ومن ثم إخراج الفسخ الإتفاقي من نطاق السلطة الممنوحة للقاضي في الفسخ القضائي والحكم هنا يكون كاشفاً لوقوع الفسخ لا منشأً له، فسلطة القاضي هنا تكون رقابية لا تقديرية.

كما أن القضاء يتشدد في اعماله بالشرط الفاسخ لما له من خطورة على المدين لأن هناك ألفاظ لا تدل صيغتها على وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد المخالفة.

مثلاً: إذا تعهد المشتري في عقد البيع بدفع بقية الثمن في ميعاد محدد، وإذا لم يلتزم بذلك كان للبائع الحق في فسخ العقد، فإن مثل هذا الشرط لا يجرد القاضي من سلطته التقديرية.⁽²⁾

(1) محمد وحيد الدين، نفس المرجع.

(2) محكمة النقض السورية، قرار رقم 256/أساس 531، صادر عن ع.م الثانية بتاريخ 1969/02/25.

الشرط الثاني: أن يحمل الإتفاق معنى إستبعاد الفسخ القضائي

ومعنى ذلك أنه ليست كل صيغ الإتفاق فيما بين المتعاقدين، تحمل معنى إستبعاد الإلتجاء إلى القضاء، فمنها ما يحمل تضييقاً على المدين، ومنها ما يسلب القاضي سلطته التقديرية في تقدير أسباب الفسخ (1).

أما إذا كنا بصدد صيغة (أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى حكم قضائي)، فإن الإتفاق يستبعد حقيقة دور القضاء، فيفسخ العقد اتفاقياً وللمتعاقدين الدائن التحلل من التزاماته تجاه المتعاقد الآخر دون الحاجة لرفع دعوى الى القضاء (2).

الشرط الثالث: أن يكون سبب الإتفاق هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته

إن واقعة عدم تنفيذ الالتزام شرط ضروري، حتى يستطيع المتعاقد الدائن استعمال حقه في ايقاع الفسخ دون حاجة للجوء الى القضاء.

إلا أن الفقه يرى أن هناك تدرجاً في الإتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً حكماً بمجرد الإخلال بالالتزام، فلا يختلف حكم الإتفاق باختلاف قوة الشرط وشدته، ويجب على القاضي أن يبحث عما إذا كان المدين لم يهتم بتنفيذ التزامه الأمر الذي أدى بالدائن إلى التمسك بالفسخ. وعدم التنفيذ قد يكون مطلقاً سواء أكان كلياً أو جزئياً، أو نسبياً أي تأخير في التنفيذ (3).

1. في حالة عدم التنفيذ المطلق

هنا نميز بين حالتين:

▪ في حالة عدم التنفيذ الكلي : يجب على القاضي أن يحكم بالفسخ.

(1) حسين تونسي، مرجع سابق، ص 18.

(2) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 718.

(3) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 49، 48.

▪ في حالة عدم التنفيذ الجزئي: المستقر عليه أن الشرط الفاسخ يسلب القاضي سلطته التقديرية، ولا يبقى له إلا إعتبار الفسخ حاصلًا فعلا في انتظار حصول المخالفة التي يترتب عليها.

ويقتصر دور القاضي على التأكد من تحقق عدم التنفيذ ومن ثم يعلن في حكم مقرر أن العقد قد فسخ، وهو بذلك يؤيد الفسخ الذي حصل بدون تدخل من جانبه ودون أن يبحث عن جسامه عدم التنفيذ.

كما يجب على القاضي أن يبحث ما إذا كان الاتفاق على الفسخ يتعارض مع واجب حسن النية، فإن تحقق فإن القاضي يقرر بطلان الاتفاق واعتبار العقد خالياً منه.

2. في حالة التأخير في التنفيذ

المستقر عليه أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، ولا يملك القاضي سلطة تقديرية في إعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه.

وبتوافر هذه الشروط يفسخ العقد بحكم القانون، عكس الفسخ القضائي الذي يبقى العقد قائما إلى حين صدور الحكم بالفسخ، وهكذا فإن الحكم الذي يثبت فيه الفسخ الاتفاقي يعتبر حكما كاشفا له لا منشأ.⁽¹⁾

وحتى يستطيع الدائن استعمال حقه الناشئ عن عدم التنفيذ يجب عليه اتباع الاجراءات التالية لحل الرابطة العقدية والتي تتمثل في الإعدار، إعلان الدائن عن تمسكه بفسخ العقد.

(1) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 354

ثانيا: إجراءات الفسخ الإتفاقي

الإجراء الأول: الإعذار

تنفق جميع التشريعات التي أخذت بالنظرية العامة للفسخ على ان الإعذار مسألة ضرورية يجب أن يقوم بها الدائن نحو مدينه سواء كان الفسخ قضائي أم اتفاقي.

غير أن المشرع الجزائري بخلاف التشريعات الأخرى يرى أن الإعذار إجراء إلزامي لطالب الفسخ سواء كان الفسخ قضائيا أم اتفاقيا، وهذا ما جاء على لسان المشرع في نص المادة 120 ق م ج فقرة ثانية "... وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

فلا يجوز وفقا للقانون الجزائري الاعفاء من الإعذار حتى الاتفاق بين الدائن و المدين.⁽¹⁾

الإجراء الثاني: إعلان الدائن عن رغبته في حل الرابطة العقدية

إن مسألة عدم تنفيذ العقد من قبل المدين ينشئ الحق للدائن في الفسخ فقط، ولا تتحل الرابطة العقدية إلا إذا تم اعلان الدائن لذلك ...

يجب أن يكون الإعلان قاطعا في دلالاته على الفسخ وأن يتصل بعلم المدين عملا بالمادة 61 ق.م.ج التي تنص: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك".⁽²⁾

وبتوافر كافة الشروط المطلوبة يفسخ العقد بقوة القانون دون حاجة إلى حكم قضائي، إلا إذا ثار نزاعا حول الشرط الفاسخ وكما سبق ذكره، يلتزم القاضي بالحكم بفسخ العقد، وعليه أن يتقيد بإرادة الأطراف بعد أن يتأكد من توافر الشروط المتفق عليها.

(1) حسين تونسي، مرجع سابق ص 20، 21.

(2) بن عودة مصطفى، منتديات جواهر ستار الإعلامية، أعمال موجهة في مقياس القانون المدني، سنة 2019/2020، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 15 مارس الساعة 10:18 صباحا: 2022/04/15.

الفرع الثالث: الفرق بين الفسخ القضائي والاتفاقي

يعتبر كلا من الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي، جزءا يفرضه القانون على عدم تنفيذ احد المتعاقدين لما رتبته العقد من التزامات في ذمته و من ثم انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي، أي اعادة المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل ابرام العقد⁽¹⁾. ويكون الفسخ في العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة لجانب واحد، كما أنه لا يمكن للدائن طلب فسخ العقد إلا بعد إعدار المدين بالتنفيذ وهذا الشرط ضروري في كلا النوعين.

ويختلف الفسخ القضائي عن الفسخ الاتفاقي في أن الأول يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا يتقرر إلا بصدور حكم قضائي حيث للقاضي أن يحكم بالفسخ أو يرفض الحكم به كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا حتى يتيسر له تنفيذ التزامه الذي أخل به ويكون حكم القاضي منشئ للفسخ⁽²⁾. بعكس الفسخ الاتفاقي الذي يخضع لمبدأ سلطان الإرادة حيث أجاز المشرع للأطراف الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه دون اللجوء للقضاء.

إلا إذا أثير نزاع حول الشرط الفاسخ بين المتعاقدين فيطرح النزاع أمام المحكمة ويكون للقاضي سلطة تقديرية في حدود ما اتفق عليه الأطراف، فسلطة القاضي تكون مقيدة بالشرط الفاسخ ويكون حكم القاضي كاشفا للفسخ لا منشأ له.

المطلب الثاني: الفسخ لعدم إمكان التنفيذ (الإنفساخ)

إن نظام الفسخ بنوعيه القضائي والاتفاقي، هو جزءا تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته العقدية والسبب راجع إلى المدين نفسه، فما الحال إذا كان سبب عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي؟

تنص المادة 121 من ق.م.ج على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم

(1) عبد الناصر توفيق العطار، مرجع السابق، ص 151

(2) لولو خيار غنيمية، نظرية العقد، الطبعة الثانية، بيت الافكار، الجزائر، 2021، ص 284، 285

القانون". يتضح من هذه المادة أن العقد الملزم للجانبين يفسخ بحكم القانون دون حاجة لحكم قضائي أو اتفاق إذا استحال تنفيذ الالتزام مع انقضاء الالتزامات المقابلة له ودون إغدار المدين وهذا ما يعرف بإفساخ العقد.

كما تنص المادة 307 من نفس القانون على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب اجنبي عن ارادته".⁽¹⁾

وعليه سنتطرق إلى مفهوم إستحالة التنفيذ وشروطه في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم استحالة التنفيذ في الانفساخ

المقصود بإستحالة التنفيذ في الانفساخ هو الإستحالة المطلقة والطارئة، التي يكون مرجعها إلى سبب أجنبي لا بد للمدين فيه وأن تكون الاستحالة قد طرأت بعد إنعقاد العقد، لأنه لو نشأت أثناء إبرام العقد لكنا بصدد بطلان العقد⁽²⁾، مثلا كهلاك المبيع بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ.

في هذا الصدد قضت المحكمة العليا أن حدوث زلزال هدم البناء حيث تستغل القاعدة التجارية محل التعاقد، يؤدي إلى فسخ الإتجار بحكم القانون.⁽³⁾

أما إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه ولم يستطع اثبات أن هذه الإستحالة ترجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه طبقا لنص المادة 176 ق.م.ج.⁽⁴⁾

لذلك نستبعد:

أولا: الإستحالة التي تكون موجودة زمن انعقاد العقد لأنها تؤدي إلى بطلانه.

(1) عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 163

(2) لطلو خيار غنيمه، مرجع سابق، ص 286.

(3) المحكمة العليا، غرفة تجارية والبحرية، قرار مؤرخ في 5 يوليو 2009، م.ق 2011، عدد أول، ص 200.

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 732.

ثانياً: الإستحالة التي تنشأ من قبل المدين والتي تخضع لنص المادة 119 ق.م.ج، كما يحق للدائن المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية وفقاً لنص المادة 176 ق.م.ج: إذا كانت إستحالة التنفيذ يسبب هلاك محل العقد بسبب خطأ أحد المتعاقدين.⁽¹⁾

وعليه، فإن العقد الملزم للجانبين يمكن أن ينحل دون اللجوء للقضاء ودون أن يكون إتفاق بهذا الشأن، بحكم القانون إذا ما توافرت الشروط القانونية.

الفرع الثاني: شروط الانفساخ وآثاره

أولاً: شروط الانفساخ

يستوجب لإنفساخ العقد بقوة القانون توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: يجب أن تكون الاستحالة قد نشأت بعد إبرام العقد

ذلك أن الاستحالة الناشئة قبل إبرام العقد ترجع إلى نظام آخر غير الإنفساخ وهو البطلان، لتخلف ركن المحل طبقاً للمادة 93 ق.م.

الشرط الثاني: يجب أن تكون الإستحالة مطلقة

يجب أن تشمل كل الإلتزامات العقدية لا أن تكون مجرد إرهاق أو تقع على جزء فقط من الإلتزامات بمعنى أن تكون الإستحالة كاملة.

الشرط الثالث: أن تكون الاستحالة ناتجة عن سبب أجنبي

يشترط في استحالة التنفيذ أن تكون ناتجة عن سبب أجنبي عن المدين، سواء كانت مادية كضياع الشيء المعين بالذات محل العقد أو هلاك المحل كلياً أو تكون استحالة قانونية، كقيام الدولة بنزع ملكية العقار الذي التزم المدين بنقل ملكيته أو طبيعية كالظواهر الطبيعية، وهذا وفقاً للقاعدة المشهورة "لا إلتزام في المستحيل".⁽²⁾

(1) علي فيلاي، مرجع سابق، ص ص 358-395.

(2) محكمة عليا، غ.م، قرار صادر بتاريخ: 1983/03/02، ملف رقم 203110، م.ق، 1987، عدد 1، ص 64.

ثانياً: آثار استحالة التنفيذ

يترتب على الاستحالة إذا توافرت شروطها القانونية، إنقضاء الإلتزام العقدي أياً كان نوعه وبجميع توابعه، فلا يكون للدائن حق المطالبة بتنفيذه عينياً ولا المطالبة بتنفيذه جبرياً بطريق التعويض، وذلك لإستحالة التنفيذ التي ترجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، لا يمكن توقعه ولا دفعه، ويقع على عاتق المدين عبء إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى إستحالة تنفيذ إلتزامه.⁽¹⁾

كما يترتب على انفساخ العقد بقوة القانون نفس الآثار المترتبة في الفسخ القضائي والإتفاقي وتتمثل في انحلال الرابطة العقدية ومن ثم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد طبقاً لنص المادة 122/ف 1 ق.م.ج.⁽²⁾

أما إذا أثبت الدائن أن السبب الأجنبي، كان مسبوق بخطأ من المدين، فهنا النزاع يثار أمام القاضي، وما على هذا الأخير إلا توثيق السبب الأجنبي والتنفيذ أصبح مستحيلاً.⁽³⁾

ورغم هذا فإن القاعدة التي تقضي بإنقضاء الإلتزام لإستحالة التنفيذ ليست متعلقة بالنظام العام ويجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها، كما أن النص القانوني يقضي بذلك وأهم هذه الحالات:⁽⁴⁾

1- حالة الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م 178 ق.م.ج).

(1) محكمة عليا، غ.ت.ب، قرار صادر بتاريخ: 1997/06/24، ملف رقم 153254، م.ق، 1997، عدد 2، ص 125 الذي ينص: (أن العاصفة في فصل الشتاء لا تعد قوة القاهرة لدرء مسؤولية الناقل البحري، م 8029302 ق.ب).

(2) علي فيلالي، مرجع سابق، ص 354.

(3) بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، ص 348.

(4) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 923.

2- حالة قيام الدائن بإعذار المدين بتسليم الشيء ثم هلك هذا الأخير لسبب أجنبي، مما أدى الى إستحالة تنفيذه (المواد 168، 270، 369 ق.م.ج).

إذا كان الانفساخ هو ناتج عن استحالة تنفيذ الالتزام طبقا لنص م 121 ق.م.ج بسبب أجنبي، مما يترتب عليه تبرئة ذمة المدين نحو المتعاقد الآخر وهو الدائن الذي لا يمكن أن يطالب لا بالتنفيذ العيني ولا الجبري، وهنا نجد أنفسنا حول إشكالية من يتحمل تبعه الهلاك في العقد.

المعلوم أنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا انفسخ العقد بقوة القانون لإستحالة تنفيذ الالتزام العقدي بسبب أجنبي انقضت الالتزامات المقابلة له؛ معنى ذلك أن المدين وقد استحال تنفيذ التزامه لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ ما تعهد به، وبذا يتحمل المدين في العقد التبادلي تبعه إستحالة تنفيذ إلتزامه.⁽¹⁾

وهذا ما نجده في عقد البيع مثلا إذ تنص المادة 369 ق.م: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لابد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن ...".

ويتضح من المادة أن البائع بصفته المدين هو الذي يتحمل تبعه الانفساخ، إذ يلزم برد الثمن، في حين أن المشتري وهو الدائن غير ملزم بشيء بل له أن يسترد الثمن إذا كان قد سدده.⁽²⁾

إذا فإن تبعه الهلاك تقع على المدين دائما في كل الحالات التي ينفسخ بها العقد بحكم القانون، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وباقي التشريعات الحديثة.

الفرع الثالث: الفرق بين الفسخ والانفساخ

بالرغم من رأي بعض الفقهاء على أن الإنفساخ إحدى صور الفسخ، وكذلك ماذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 122 ق.م.ج أين تطرق لأثر الفسخ لعدم التنفيذ (م 119

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص 275.

(2) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 360.

ق.م.ج) والانسفاخ لعدم إمكان التنفيذ (م 121 ق.م.ج) إلا أن هناك فروقا مميزة لهما من عدة جوانب: (1)

أولاً: من حيث الحكم القضائي

لا حاجة إليه في حل العقد عن طريق الانسفاخ لأنه يقع بحكم القانون، بعكس الفسخ الذي هو نظام ذو طابع إحتياطي، وذو طابع تأميني، وذو طابع جزائي. وليس كذلك الإنسفاخ لإستحالة التنفيذ وبحكم قوة القانون الذي يقع دون أدنى إرتباط بالخطأ.

فالإنسفاخ لا يخضع لرقابة القضاء، فلا يحق للقاضي أن يمنح أجلاً، أو أن يحكم بالتعويض. (2)

ثانياً: من حيث الإعذار

لا محل لإعذار الدائن المدين في مجال الانسفاخ كون الإلتزام بالتنفيذ استحالة تنفيذه. لأن الإعذار لا يكون إلا إذا كان التنفيذ ممكناً، في حين أن الإلتزام بحبس الغرض قد استحالة تنفيذه، بينما يجب في الفسخ أن يقوم طالب الفسخ بإعذار الطرف الآخر.

ثالثاً: من حيث التعويض

ليس للدائن الحق بالمطالبة بالتعويض والرجوع على المدين لأن إستحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإذا وقع الفسخ لعدم التنفيذ أعيد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فيرد كل متعاقد ما أخذ، أما في الإنسفاخ لإستحالة التنفيذ فإن هذا الأثر لا ينطبق، بل تنطبق فكرة أخرى وهي تحمل التبعة.

(1) عبد الكريم بليور، مرجع سابق، ص 257.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 318، 319.

المطلب الثالث: الدفع بعدم التنفيذ

يجوز لكل متعاقد في العقود الملزمة لجانبين، بدلا من طلب فسخ العقد لعدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزاماته، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الالتزام المقابل له⁽¹⁾، وهذا ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ وبذلك هو تمهيد إما إلى التنفيذ أو الفسخ، فهو يتصل بالجزاء الذي يترتب على القوة الملزمة للعقد.⁽²⁾

وعلى هذا الأساس سنتطرق لدراسة الدفع بعدم التنفيذ في القانون الجزائري في الفروع التالية: الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم التنفيذ، الفرع الثاني: شروط الدفع بعدم التنفيذ وأخيرا كفرع ثالث: آثار الدفع بعدم التنفيذ.

الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم التنفيذ

تنص المادة 123 ق.م.ج على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به".

يتضح من أحكام هذه المادة أن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة قانونية تجيز للمتعاقد في العقود التبادلية بالإمتناع عن تنفيذ إلتزامه حتى ينفذ الطرف الآخر إلتزامه⁽³⁾، فالغرض من الدفع بعدم التنفيذ هو تأجيل تنفيذ الإلتزامات إلى حين تنفيذ الإلتزامات المقابلة.

وعليه فإن نطاق الدفع بعدم التنفيذ هو العقود الملزمة للجانبين وأن يكون الإلتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه حال الأداء.

ويستخلص من هذا التعريف أن الدفع بعدم تنفيذ هو أحد تطبيقات حق الحبس المنصوص عليها في المادة 200 ق.م.ج في مجال العقود الملزمة للجانبين.⁽¹⁾

(1) أنور سلطان، مرجع سابق، ص ص 275-276.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 700.

(3) عبد الكريم بلعبور، مرجع سابق، ص 149.

الفرع الثاني: شروط الدفع بعدم التنفيذ

يتضح من أحكام نص المادة 123 ق.م أنه يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ توافر شروط قانونية محدودة وهي: أن يكون العقد ملزم للجانبين، أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء، امتناع أحد الطرفين بتنفيذ التزامه مع مراعاة مبدأ حسن النية.

أولاً: أن يكون العقد ملزماً للجانبين

يقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين فقط، كما نص عليه المشرع في المادة 123 ق.م، لأن أساس الدفع بعدم التنفيذ هو تقابل وارتباط الالتزامات التي يتحملها المتعاقدان.

ولقد عرف المشرع الجزائري العقد الملزم للجانبين في م 55 ق.م.ج كما يلي: "يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض". بمعنى يكون كل متعاقد دائماً ومديناً في نفس الوقت.⁽²⁾

أما خارج هذا النطاق نكون بصدد الحق في الحبس لا الدفع بعدم التنفيذ.⁽³⁾

ثانياً: شرط استحقاق الاداء

يجب أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه هو التزام واجب الوفاء حالاً، فإن كان أحد الالتزامين غير مستحق الأداء أو أصبح التزاماً طبيعياً، أو سقط بالتقادم، فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز التمسك به⁽⁴⁾، ولا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الالتزام مقترن بأجل واقف طبقاً لنص م 212 ق.م.

(1) نباسي شوقي، الدفع بعدم تنفيذ العقد في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 16.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 874.

(3) المحكمة العليا، غ.م، قرار صادر بتاريخ 1988/11/15، ملف رقم: 53461، م.ق، 1993، عدد 3، ص 139.

(4) أنور طلبة، مرجع سابق، ص 875.

أما في عقود المدة فلا يحق الدفع بعدم التنفيذ إلا في حدود فترة واحدة من فترات تنفيذ الالتزام الزمني لأنها تتضمن أداءات دورية.⁽¹⁾

ثالثاً: امتناع أحد الطرفين بتنفيذ التزامه

إن الغرض من الدفع بعدم التنفيذ هو تأجيل تنفيذ الالتزام الذي يتحمله المتعاقد المتمسك بهذا الدفع إلى حين تنفيذ الالتزام المقابل، إلا أن نص المادة 123 ق.م لم يحدد إن كان التنفيذ كلياً أو جزئياً، ومن ثم يمكن الدفع بعدم التنفيذ ولو كان جزئياً.⁽²⁾

رابعاً: مراعاة حسن النية

لم ينص المشرع الجزائري في نص م 123 ق.م على وجوب توفر حسن النية لدى المتعاقد المتمسك بالدفع لعدم التنفيذ، إلا أن هذا المبدأ يستنبط من القواعد العامة التي تفرض وجوده في تنفيذ العقود طبقاً لنص المادة 107 ق.م.ج، فيجب على من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يلتزم بمبدأ حسن النية وأن لا يتعسف إستعمال الحق.

الفرع الثالث: آثار الدفع بعدم التنفيذ وانقضائه

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام دون زواله كما هو الشأن في الفسخ، ووقف التنفيذ لا يؤثر على مقدار الالتزام في العقود الفورية كالبيع، أما إذا كان من عقود المدة كالإيجار أو العقود المستمرة التنفيذ فإنه يترتب على وقف تنفيذه نقص في كم الإلتزام بمقدار مدة الوقف.⁽³⁾

والدفع بعدم التنفيذ لا ينتج أثره القانوني في مواجهة المتعاقدين فقط بل يتعدى أثره للغير.

(1) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 365.

(2) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، ط الثالثة، منشأ المعارف، اسكندرية - مصر، 2006، ص 424.

(3) أ، مرجع سابق، ص 291.

أولاً: آثار الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للمتعاقدین

إن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة قانونية يستعملها المتعاقد المتمسك به للحصول على حقه كما أنه أداة ضمان يؤمن الدائن به نفسه ضد خطر إفسار المدين، وهذه الوسيلة ترتب آثار تقع على المتعاقدین تتمثل في:

1- وقف التنفيذ

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ أن يقف تنفيذ الإلتزام مؤقتاً دون زواله كما هو الشأن في الفسخ، ما لم تكن طبيعة الإلتزام لا تتحمل الوقف⁽¹⁾، وهذا الوقف المؤقت هو وسيلة ضغط على إرادة المدين حتى يقوم بتنفيذ إلتزامه، إلا أنه قد يحدث أن لا يقوم هذا الأخير بتنفيذ إلتزامه في هذه الحالة يلتجئ المتعاقد إلى طلب الفسخ.⁽²⁾

2- الدفع بعدم التنفيذ ضمان إبقاء وجود العقد

إن الدفع بعدم التنفيذ أداة ضمان في يد المتعاقد الذي يتمسك به والذي يترتب عنه وقف تنفيذ العقد مؤقتاً إلا أن هذا الوقف لا يؤثر على بقاء العقد قائماً لحماية لمصالح المتعاقدین، والدفع بعدم التنفيذ لا يشترط فيه الإعدار ولا رفع دعوى قضائية للمتمسك به.

إلا أنه قد يحدث أن يرفع الطرف الآخر دعوى أمام القضاء يطالب فيها بالتنفيذ، وهنا يتمسك صاحب الحق بالدفع أمام القضاء وهنا ترجع السلطة التقديرية للقاضي في إقرار الدفع أو رفضه، وفي الحالة الأخيرة يحكم القاضي حسب طلبات رافع الدعوى سواء بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ أو يقر بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ.⁽³⁾

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 876.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط... مرجع سابق، ص 140.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، الطبعة الرابعة، 2006، ص 365-366.

3- حبس العين محل العقد

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ حبس العين محل العقد، فإذا كان الإلتزام الموقوف يقضي بتسليم المحل، يحق للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يحبس محل العقد إلى حين أن يستوفي الثمن، وحق الحبس في العقود الملزمة للجانبين يظهر كصورة للدفع بعدم التنفيذ.⁽¹⁾ غير أن التمسك بعدم التنفيذ حق للمتعاقد ولا يتحمل أي ضرر يلحق المتعاقد الآخر، ولا تقع عليه فوائد تأخيرية ولا تتخذ ضده أي تدابير تنفيذية حتى لو كان دينه مستحق الأداء.⁽²⁾

ثانياً: أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير

لا تقتصر آثار الدفع بعدم التنفيذ على المتعاقدين فحسب، بل يسري ذلك في حق الغير، مثلاً في عقد البيع يمكن للبائع أن يحتج بحقه في الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة المشتري وكذلك على خلفه الخاص والدائنين العاديين، وللمشتري أيضاً أن يحتج بحقه في الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الدائنين العاديين للبائع.

ويقصد بالغير هو كل شخص اكتسب حقا في تاريخ لاحق على التمسك بعدم التنفيذ.⁽³⁾

وعلى ذلك فإن تمسك البائع بالدفع بعدم التنفيذ لعدم استيفائه الثمن، يجيز له عدم تسليم العين المبيعة للغير الذي تلقى حقه من المشتري بناء على تصرف قانوني صادر منه كالبيع أو الرهن مثلاً.⁽⁴⁾

(1) حراق مروة، دودو رشيدة، مرجع سابق، ص 42-43.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط...، مرجع سابق، ص 737.

(3) نقض مدني فرنسي، قرار صادر بتاريخ 74/03/05، J.C.P، 2، 17707، تعليق فولي (Voulet)، 1982/07/07.

(4) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام المصادر الإدارية والغير إدارية للإلتزام، مصر، سنة 2008، ص 132.

وعليه فإن الدفع بعدم التنفيذ يسري في مواجهة الغير إلا إذا تحقق شرطاً وهو كسب الغير حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.⁽¹⁾

ثالثاً: أسباب انقضاء الدفع بعدم التنفيذ

إن حق الدفع بعدم التنفيذ مثله مثل الحقوق الأخرى معرض للإنقضاء لعدة أسباب منها:

- هلاك الشيء محل التزام الدائن؛
- إذا تخلى الدائن عن حقه في الدفع بعدم التنفيذ؛
- إذا استفاد المدين المخل بالتزامه من أجل قانوني جديد لتنفيذ التزامه؛
- إذا قدم المدين للدائن تأميناً كافياً يضمن الوفاء بالتزامه.

⁽¹⁾ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 364.

خلاصة الفصل الأول :

الفسخ نظام قانوني يخول للمتعاقد الدائن الحق في التحلل من العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمدين، الذي إمتنع عن تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، ويمثل بذلك حماية لحقوق الدائن الذي يصبح في مركز أقوى من مركز المدين. ولقد منح القانون للطرف الدائن في العقد، الحق في الخيار بين طلب التفييد العيني للإلتزام و طلب الفسخ سواء تعلق الأمر بالفسخ القضائي أو الإتفاقي وذلك بعد إعدار المدين.

كما أنه يمكن للعقد أن ينحل إذا إستحال تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وينفسخ العقد تلقائياً بقوة القانون (الإنفساخ) غير أنه إذا كان الدائن الحق في فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد بالإلتزاماته بنفسه، فإن هذا الحق معترف به قانوناً وقضاء محدود الدفع بعدم التنفيذ، وذلك حماية لإستقرار المعاملات.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: حدود ممارسة الدائن لحقه في الخيار بين الفسخ والتنفيذ وآثاره وأهم تطبيقاته

لقد أعطى القانون للمتعاقد الدائن الحق في التحلل من إلتزاماته التعاقدية في مواجهة المدين المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، غير أنه وضع حدود لمنع تعسف الدائن في إستعمال حق الفسخ وتتجلى هته الحدود من خلال دور القاضي في مجال فسخ العقد.

فوظيفة القاضي في الأصل تنصب على تفسير العقود و تطبيقاتها، غير أنه توجد حالات تستدعي تدخله خاصة فيما يتعلق بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية و النزاعات التي تثور حول كيفية تنفيذ العقد، وبذلك يتدخل القاضي لأنه يتمتع بقدرة الفصل في النزاع. كما أن للقاضي دورا هاما حين تصل الأطراف المتعاقدة إلى حل العقد، و بالتالي هدم القوة الملزمة للعقد، فيظهر مجال تدخل القاضي حيث أن طلب الفسخ يكون من القضاء كقاعدة عامة، فيكون للقاضي السلطة التقديرية في النظر في طلب الفسخ القضائي.

كما أن منح المتعاقدين حرية الإلتفاق على الفسخ عند عدم التنفيذ لا يستبعد حتما إمكانية تدخل القاضي، بل نجده يتمتع بسلطة تقديرية حتى بصدد الفسخ الإلتفاقي وهذا ما تناولناه من خلال المبحث الأول.

وإلى جانب الحدود الموضوعية للدائن، هناك خيارات منحت له في توقيع الفسخ، فطلب الفسخ إختياري بالنسبة للطرف الدائن، فله أن يختار بين طلب التنفيذ تنفيذا عينيا إذا لم يكن مستحيلا أو بمقابل أو فسخ العقد ويكون له ذلك سواء في الفسخ القضائي أو الإلتفاقي، كل هذا سنتطرق إليه من خلال المطلب الثاني.

إن فسخ العقد له آثار قانونية تترتب سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، كما أن المشرع الجزائري ذكر بعض تطبيقات مبدأ الفسخ في بعض العقود، منها عقد البيع و عقد المقاوله لأنهما الأكثر إستعمالا و أحاطهما بمجموعة من النصوص القانونية و ذلك حماية لإستقرار المعاملات. وسوف نتصرف على كل هذا من خلال المبحث الثاني لدراستنا هاته.

المبحث الأول: حدود الدائن في حق طلب الفسخ

الفسخ حق مقرر للدائن الذي أخل مدينة بالتزامه، فلا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ إلا إذا طلبه من تقرر الفسخ لمصلحة وطلب الفسخ أمر يوازي للدائن بالالتزام الذي لم ينفذ فله الخيار بين طلب الفسخ أو التنفيذ. ولكن هته الحرية في الخيار قيدها المشرع بحدود تظهر من خلال سلطات القاضي التقديرية في توقيع الفسخ وذلك حفاظا على إستقرار المعاملات وعدم تعسف الدائن.

المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ

يعتبر تدخل القضاء أمرا ضروريا في الحكم بالفسخ، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ القضائي، إذا أنه لا يستجيب دائما لطلب الدائن طالب الفسخ، بل له الخيار في الإستجابة من عدمها، رغم أن الدائن يصر على الفسخ، إذا يمكن له أن يستجيب و يحكم بالفسخ إذا رأى أن الشروط متوفرة، كما يمكن له رفض طلب الفسخ و يقضي بتعويض مناسب من جزاء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، أو أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ و ذلك وفق معايير يعتمدها القاضي.

الفرع الأول: سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه

❖ سلطة القاضي في فسخ العقد والحكم بتعويضه:

للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ، إذا رأى أن الظروف تبرره، فيجوز له أن يفسخ العقد فورا إذا كان المدين لم ينفذ ولو جزء من إلتزامه أو أخل في تنفيذه أو إمتنع عن تنفيذ الجزء الأكبر من إلتزامه أو أخل في تنفيذه بحيث لم يعد للدائن من تنفيذه فائدة، وكان المدين سيئ النية، في هذه الأحوال يمكن للقاضي فسخ العقد بمجرد أن يطلبه الدائن. وله أن يحكم بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء عدم التنفيذ.⁽¹⁾

(1): محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 354.

إذ كان ما نفذه المدين أكبر مما بقي من إلتزامه، فللقاضي أن يحكم بالتعويض فوق الحكم بالفسخ، إذا إتضح له أن المدين تعمد عدم التنفيذ أو أهمل إهمالا كبيرا في ذلك رغم إعدار الدائن له. لا يحكم القاضي بالتعويض من تلقاء نفسه، و إنما يطلب من المدعي في دعوى الفسخ. فلا يكفي للحكم بالتعويض وجود عدم التنفيذ، إنما يجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى خطأ المدين، وبالتالي يجب تأسيس التعويض على فعل الضار لأن العقد بعد فسخه لم يعد يصلح أساسا للحكم بالفسخ، إذا لم يعد له وجود، فلا يمكن تأسيس الفسخ عليه.

يحكم الفسخ من التعويض القواعد التالية: (سلطة القاضي في تقدير التعويض)

✎ يشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وأن يكون ذلك نتيجة طبيعته لعدم التنفيذ.

✎ إذا كان عدم التنفيذ بالغش أو خطأ جسيم فإن المدين يلزم بالتعويض عن الضرر المتوقع و غير المتوقع.

✎ لا يلزم المدين بالتعويض إلا عن الضرر الذي هو نتيجة طبيعية لعدم التنفيذ سواء كان عدم التنفيذ ناتج عن غش صادر منه أو خطأ جسيم أم لم يكن كذلك.⁽¹⁾

غير أنه يرد على هنا الأصل العام إستثناء يجيز فيه القانون و المنطق القانوني للقاضي أن يتخذ موقفا وسطا بين فسخ العقد كليا أو رفضه كليا. وذلك بأن يفسخ جزءا و يبقي بقية الأجزاء الأخرى، و يتحقق هذا الحل عندما يكون عدم التنفيذ جزئيا، كأن يقوم المدين بتنفيذ بعض إلتزاماته الناشئة عن العقد، و يمتنع عن إتمام تنفيذ ما بقي في ذمته.⁽²⁾

إذ الفسخ الجزئي للعقد يتصور في العقود التي تتضمن أداءات متتابعة أكثر من غيرها، كما لو كان الأمر يتعلق بعقد من عقود التوريد، حيث يمكن أن يقتصر الفسخ على الأداء المعيب أو الناقص، والشيء الذي يساعد على إمكان حصول الفسخ الجزئي في هذا النوع من العقود هو أنها تنشئ سلسلة من الإلتزامات المتقابلة، أو مجموعة من الأداءات المستقل

(1): كسيلي مخلوف، مرجع سابق، ص 34، 37.

(2): بلعبور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 191.

بعضها عن بعض، بحيث يمكن فصل كل جزء من هذه الأجزاء دون أن يمس ذلك بالغرض الذي إستهدف المتعاقدين من التعاقد.⁽¹⁾

يصل القاضي إلى تقرير الفسخ الجزئي للعقد بتقديره جسامة عدم التنفيذ، فإذا قدر أنعدم التنفيذ الجزئي لم يبلغ قدرا من الأهمية بالنسبة للإلتزام في مهلته، و أن التنفيذ صار مستحيلا فله حيال طلب الفسخ سلطة تقديرية، فله أن يقضي بالفسخ الجزئي بدلا من الفسخ الكلي.⁽²⁾

الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في رفض الفسخ

1- سلطة القاضي في رفض الفسخ و إلزام المدين بالتنفيذ:

للقاضي أن يأمر بتنفيذ العقد و لا يستجيب لطلب الفسخ،⁽³⁾ و مثال ذلك في حالة إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام في مجمله، كأن يكون المشتري قد قصر في الوفاء بجزء قليل من الثمن بعد دفع معظمه، أو كالمقاول الذي نفذ جل إلتزامه في بناء 95 شقة من أصل 100 للقاضي أن يرفض فسخ العقد و يلزم المقاول بالتنفيذ، وله أن يحكم بالتعويض الذي يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن جراء التأخر في التنفيذ.

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في رفض طلب الدائن الذي يتمثل في فسخ العقد لقللة أهمية الجزء الذي لم ينفذه المدين بالنسبة إلى الإلتزام في جملمته، وذلك طبقا لنص م 119/الفقرة الأخيرة من القانون المدني الجزائري: "... كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات."

وهنا نكون بصدد تنفيذ جزئي للإلتزام أي أن تقصير المدين ليس على درجة من الجسامة حتى تستدعي من القاضي أن يحكم بالفسخ، فيكتفي في هذه الحالة الحكم بتعويض

(1): المحكمة العليا، غ، م، 2000/01/02، ملف رقم 212782، م ق، 2001، العدد 01، ص 114.

(2): نفس المرجع، ص 85.

(3): محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 354.

للدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم تنفيذ جزء من الإلتزام، أو التنفيذ المعيب له أو التأخير في تنفيذه.⁽¹⁾

2- سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا جزئيا:

تقضي قواعد النظرية فسخ العقد العامة، بأن يكون فسخ العقد بالنسبة إلى جميع أجزاء العقد عندما يكون عدم التنفيذ كليا، أي أن يكون المدين بالإلتزام لم يقم بالتنفيذ ولو في جزء بسيط من العقد.

قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات، إذا قام المدين بالوفاء في الأجل الممنوح له فلا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ، وإذا لم يفي المدين بالإلتزامه من خلال الأجل فإن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بل يضل قائما، فإما أن يحكم القاضي بفسخه، أو يقبل الوفاء المتأخر من المدين، ما لم يضر ذلك بالدائن.⁽²⁾

فإذا ما إنقضى الأجل دون تنفيذ وقع العقد مفسوخا، و لو لم يذكر القاضي ذلك صراحة في حكمه، ولو كان قد سبق للقاضي أن منحه أجلا في دعوى التنفيذ، فإنه لا يبطل هذا الأجل إلا ظروف المدين، حيث قد يلتمس فيها عذر مقبول له.⁽³⁾

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قراراتها المشهورة الحديثة، من: "أن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ إلتزاماتها، وفقا للمادة 02/119 من ق.م.ج، معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الإستثنائية السائدة في منطقة الأخصرية سنة 1994، التي ترتب عنها عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون

(1): حمو حسينة، مرجع سابق، ص 78، 79.

(2): كسيلي مخوف، مرجع سابق، ص 34.

(3): Résilliotion du contrat, p2, voir : Rttp://www.lowperatinel.com. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في

القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، فقرة 392 و ما بعدها.

قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً. ومن ثم فالوجه غير مؤسس يتعين رفضه، ورفض الطعن برمته.⁽¹⁾

غير أن يتحمل المدين وحده تبعات الحوادث الإستثنائية العامة، الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الإلتزام و ذلك حسب م109 و 107/ف01 من ق.م.ج.⁽²⁾

تحول دون تنفيذ الإلتزام، مع حرصه على الوفاء، بشرط أن لا يلحق الدائن بذلك ضرر جسيم.⁽³⁾

الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في منح المدين أجلاً للتنفيذ قبل الحكم بالفسخ

للحاكم أيضاً أن يمنح للمدين أجلاً للتنفيذ، وهذا هو الأجل القضائي أو نظرة الميسرة وله أن يحكم بأن يوفي المدين دينه على أقساط وذلك إذا كانت ظروف المدين تبرره وكان حسن النية.⁽⁴⁾ فالغاية من إبرام العقود هو تنفيذها ليس فسخها ويشترط بعض الفقهاء لإعطاء هذه المهلة توافر بعض الشروط وهي:

❖ أن يكون المدين معسراً و حسن النية.

❖ أن لا يترتب عليها ضرر جسيماً للدائن.

❖ أن لا يكون قد منح مهلة سابقاً لأن المهلة القضائية لا تعطى إلا مرة واحدة. ومن الفقهاء من يرى جواز إعطاء مهلة أخرى للمدين.⁽⁵⁾

والرأي الغالب هو عدم جواز إعطاء المدين أكثر من مهلة ل،ن من شأن ذلك أن يؤثر التنفيذ و يعطل مصالح الدائن.

(1): المحكمة العليا، غ،م، 2000/01/12، ملف رقم 212782، م.ق، 2001، العدد 01، ص 114.

(2): المحكمة العليا، غ،م، 2001/02/21، ملف رقم 324034، م.م.ع، 2007، العدد 01، ص 211.

(3): بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في ق.م.ج (العقد و الإرادة المنفردة) ج 1، طبعة منقحة، 2015، ص 721، 722.

(4): السنهاوري، مرجع سابق، ص 969.

(5): عبد المجيد الحكيم و آخرون، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون العراقي، ط1، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، العراق، 1980، ص 187.

و سلطة القاضي في منح المهلة ليست من النظام العام، إذ يجوز الإتفاق على إستبعادها، كما لا يجوز للقاضي أن يبالغ في منح المدين أجلا للتنفيذ، كما أن هناك حالات لا يجوز للقاضي أن يمهل فيها المدين كما لو كان إتزام المدين القيام بعمل معين ثم لا يقوم به مما يجعل التنفيذ يعد لا فائدة منه بالنسبة إلى الدائن و بالتالي لا فائدة من إعطاء المدين أجلا للتنفيذ.⁽¹⁾

حيث تنص المادة 119/ف02 ق.م.ج على: "يجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا ما لم يوفي به المدين"

الفرع الرابع: المعايير التي يستعين بها القاضي في تقرير الفسخ
أجاز القانون للقاضي أن يرفض طلب الفسخ إذا كان الجز غير المنفذ قليل الأهمية، وبالتالي فإن للقاضي دور هام و كبيرا في تقدير جسامه عدم التنفيذ. و لكي يصل القاضي إلى معرفة درجة عدم التنفيذ عليه الإستعانة بأحد المعياريين الشخصي أو الموضوعي.⁽²⁾ و يجدر التنويه إلى أن المشرع لم يلزم القاضي بمعيار معين.

1- المعيار الموضوعي:

يعرف البعض هذا المعيار بأنه على القاضي معرفة ما إذا كان تخلف الكمية في الأداء من الأهمية بحيث يترتب عليه فوات المنفعة التي يرجوها الدائن من العين.⁽³⁾

وقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات لهذا المعيار عند تنظيمه لعقد الإيجار فقد نصتهم 477 ق.م.ج المعدلة: "إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للإستعمال الذي أجزت لأجله أو طراً على هذا الإستعمال نقص معتبر جاز للمستأجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الإستعمال مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الأمر ذلك."

(1): بلعير كريم، مرجع سابق، ص183.

(2): عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص38.

(3): مصطفى السيد الخارجي، فسخ العقد دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية.

فالمشرع الجزائري إذن أعطى للدائن بالإلتزام في هذه الحالات الحق في طلب الفسخ عندما يكون النقص في الإستعمال معتبرا.⁽¹⁾

لا يجوز التوسع في الأخذ بهذا المعيار لأن التطبيق المطلق له يترتب عليه جعل الفسخ القضائي كالفسخ بقوة القانون، كلما توفرت نسبة معينة على القاضي أن يحكم بالفسخ وهذا يتنافى مع سلطة القاضي التقديرية.⁽²⁾

2- المعيار الشخصي:

يقصد بهذا المعيار، أن القاضي لديه تقديره لعدم التنفيذ، فيجب أن يصب إعتباره على نية الدائن بالإلتزام، فإن وجد عدم التنفيذ و لو كان حزئيا و كان ذلك الجزء له جانب من الأهمية بالنسبة للدائن حكم بالفسخ، و قد وردت في القانون الجزائري عدة تطبيقات لهذا المعيار، فقد نصت المادة 365 ق.م.ج على: " لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع."⁽³⁾

يترتب على الأخذ بهذا المعيار بصفة مطلقة أنه لا يوصل القاضي للمعرفة الحقيقية في كل الحالات، يقول الأستاذ مصطفى الخارجي: " أرى أنه لا يجوز الأخذ بهذا المعيار إلا إذا نصه القانون على ذلك."⁽⁴⁾

ونلخص القول أنه لا ينبغي أخذ أحد هذين المعيارين على إطلاقه والإستغناء به عن الآخر، يجب على القاضي إلى جانب إهتمامه بالقيمة المادية للمحل أن يهتم بالقيمة الشخصية لهذا المحل أي القيمة التي أضفاها المتعاقدان على هذا المحل.⁽⁵⁾

(1): عمور إيمان، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء.

(2): بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص190.

(3): بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص185.

(4): مصطفى السيد الخارجي، مرجع سابق، ص103.

(5): وقد طبقت محكمة النقض المصرية المعيارين معا في دعوى حيث قضت أنه: "لا معقب على محكمة الموضوع إذا هي ناقشت في حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ، ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها، وإذن فمتى كان الواقع هو أن

المطلب الثاني: حق الدائن في الخياريين الفسخ و التنفيذ

الأصل في القانون المدني الجزائري هو الطابع الإختياري للفسخ بالنسبة للدائن و المدين، إذ يجوز للدائن أن يعدل عن يعدل عن طلب التحلل من العقد بفسخه في أي وقت، مادام الحكم بالفسخ لم يصدر بعد، و له العدول عنه بطلب التنفيذ وفقا لمصلحته، فلا يجوز عندئذ للقاضي أن يحكم بالفسخ ولا بالتعويض من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك بذلك الدائن بالإلتزام. كما أنه يجوز للمدين دفع طلب الفسخ، بإظهار إستعداده لتنفيذ إلتزامه و بحسب النية، وذلك بالتعجيل في هذا التنفيذ.

الفرع الأول: تنازل الدائن عن حقه في الفسخ

يمكن للدائن في العقود الملزمة للجانبين أن يعدل عن دعوى الفسخ إلى طلب التنفيذ، ذلك أن مصلحة المتعاقد بالإلتزام الذي لم ينفذ يجب أن يترك تقديرها وحده، فهو أدري من غيره و من القضاء أيضا في إختيار الوسيلة التي تحقق له الحماية القانونية لحقوقه.⁽¹⁾

بناء على المفهوم الحديث لنظرية فسخ العقد، ووفقا لما تقضي به التشريعات الحديثة ويسايرها في ذلك الفقه فإن للدائن سلطة في إيقاع الفسخ أو عدم إيقاعه بعد رفع دعوى بفسخ العقد، فهو يستطيع أن يستمر في تمسكه بطلب الفسخ، وبذلك يمكن ان تتحل الرابطة العقدية إذا ما رأى القاضي مبررا لذلك.⁽²⁾

لكن الدائن يستطيع من ناحية أخرى أن يمنع الفسخ، وذلك بأن يستبدل طلبه بطلب آخر بالتنفيذ، خاصة وأن الفسخ القضائي لا يقع إلا بعد إستصدار حكم قضائي من القاضي

الطاعن إشتري سيارة من المطعون ضدها، و تعهدت البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة لإسم المشتري في مدة معينة و إلا إلتزمت برد الثمن الذي قبضته مع فوائده و غرامة بمبلغ معين، و كان الحكم إذا قضى برفض دعوى الفسخ المقامة من المشتري قد أقام القضاء على سببين، الأول أن ملكية السيارة و حيازتها قد إنتقلنا للمشتري من وقت البيع و أنه يظهر من سكوت المشتري أنه لم يرد على هذه المسألة و لأنه ثبت أن المشتري قد تسلم المبيع و إنتفع به خلال 3 سنوات و نصف، و أن المبيع من الأشياء القابلة للإستهلاك، أما السبب الثاني أن البائعة عرضت على المشتري نقل الرخصة لإسمه، فلم يشأ أن يتعاون معها في إتمام الإجراءات، فإنه ليس فيما يقرره هذا الحكم مخالفة للقانون".

نقلا عن: عبد الحكم، فودة، مرجع سابق، ص336.

(1): عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص209.

(2): حمو حسينة، مرجع سابق، ص53.

المعروض عليه النزاع. فقد يتضح للدائن قدرة المدين على التنفيذ، الأمر الذي يؤدي إلى الإستمرار في العقد قائماً بين طرفيه، بأن يباشر المدين بعد أن يعدل الدائن عن دعوى الفسخ في تنفيذ الإلتزامات المرتبة عن العقد.

أما إذا صدر هذا الحكم وحاز قوة الشيء المقضي في و أصبح نهائياً، فإنه لا يجوز للمتعاقد الدائن بعد ذلك أن يعدل عن الفسخ إلى طلب التنفيذ لأن الرابطة التعاقدية التي كانت موجودة والتي كانت محل للنزال لم تعد قائمة في نظر القانون، و بالتالي فلا معنى للرجوع.⁽¹⁾

و يستوي الأمر أن يكون الدائن قد عدل عن طلب الفسخ أمام المحكمة الابتدائية أو أمام المجلس، ذلك أن طلب العدول الذي يتقدم به الدائن أمام المجلس يعتبر من الطلبات العارضة التي أجازها قانون الإجراءات المدنية، لأنه مرتبط و متصل بأصل الدعوى و لا يعتبر طلب جديداً يمكن معه رفض دعوى التنفيذ، التي لم يتقدم بها المتعاقد الدائن أمام المحكمة الابتدائية على أساس انه من الطلبات الجديدة التي لا يمكن طرحها لأول مرة أمام المجلس القضائي.

إن طلب التنفيذ ولو لم يطرح صراحة من المتعاقد الدائن أمام المحكمة الابتدائية، فهو ضمناً مطروح منذ البداية بحيث لو تحقق التنفيذ ما جاز للدائن طلب فسخ العقد الذي يقوم أساساً على عدم التنفيذ.⁽²⁾

لذلك فإنه لا مانع من الناحية القانونية، ورغم تحقق الشروط المطالبة بفسخ العقد، من أن يكتفي الدائن بالمطالبة بالتنفيذ فيكون ذلك تنازلاً منه عن حقه في طلب الفسخ.

لكن مجرد سكوت الدائن عن طلب التنفيذ لا يستنتج منه النزول عن حقه في طلب الفسخ، ذلك أن هذا التفسير يؤدي إلى حرمان الدائن من حماية حقوقه.

(1): بلعير عبد الكريم، مرجع سابق، ص 196.

(2): حمو حسينة، مرجع سابق، ص 54.

لقد أورد المشرع إكمالاً للقاعدة العامة الواردة في المادة 119 من ق.م.ج بعض التطبيقات التي تعطي للدائن الخيار بين التنفيذ والفسخ، وقد نصت المادة 370 من نفس القانون على: " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن."⁽¹⁾

ونخلص إلى أن الدائن له حق الخيار في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه المقابل بين طلب تنفيذ الإلتزام تنفيذا عينياً، ويكون ذلك برفع دعوى يجبر فيها المدين على القيام بتنفيذ الإلتزام وبين أن يطلب فسخ العقد والتحلل من الإلتزامات الملقاة على عاتقه كما أن هذا الخيار ليس نهائياً فإن إختار دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنها ويتمسك بالفسخ، كما له إن بدأ بطلب التنفيذ أن يعدل عنه ويتمسك بدعوى الفسخ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرع الثاني في دراستنا هاته.

الفرع الثاني: إستعمال الدائن لأحد الدعويين، دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ.

أولاً: خيار الدائن في الفسخ القضائي

1- إستعمال دعوى التنفيذ كخيار للدائن في الفسخ القضائي:

بالرجوع إلى المادة 119 من القانون المدني الجزائري، فالتنفيذ العيني هو الأصل في إبرام العقود، أما الفسخ فهو إجراء احتياطي يتم به التحلل من العقد وعليه فلدائن الخيار بين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه.

⁽¹⁾الأمر: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن أحكام القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية العدد 31، م 370.

أ- التنفيذ العيني للإلتزام:

يقصد بالتنفيذ العيني للإلتزام أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به سواء كان ما تعهد به عملا أو إمتاعا عنه.⁽¹⁾ و الذي ستند خصوصا إلى حسن نية الأطراف، مثال ذلك أن ينقل البائع ملكية العين المباعة إلى المشتري أو ينجز المقاول البناء الذي تعاقد عليه.

فيجب على المدين تنفيذ الإلتزام إذا طالبه الدائن بذلك، كما لا يحق له أن يدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة، بل عليه أن ينفذ رغبة الدائن الذي إختار التنفيذ العيني للإلتزام بدلا من فسخ العقد، و يجب على المدين بالإلتزام أن يؤدي إلتزامه بالشكل والشروط المتفق عليها في العقد.⁽²⁾ و الأصل العام حسب نص المادة 164 من القانون المدني الجزائري أن يتولى المدين تنفيذ إلتزامه حرامختارا بمجرد أن يطلبه الدائن، طالما أن ذلك التنفيذ العيني ممكن.

كما أن إعلان المدين عن عدم تنفيذه للعقد يعطي للدائن الخيار بين أن يتجاهل هذا الجحود بإبقائه على العقد و الإستمرار في تنفيذه إلتزاماته التعاقدية الحالة المترتبة عنه، أو أن يبدي إستعداده للوفاء بها وينتظرا حلول أجل تنفيذ إلتزامات المدين ليطالبه بهذا التنفيذ فإذا إمتنع عن ذلك يكون للدائن طبقا للقواعد العامة أن يجبره على التنفيذ العيني.⁽³⁾

غير أنه لا يجوز للدائن إذا أعلن المدين رفضه التنفيذ، أن يستمر في التنفيذ بطريقة قد تزيد من الضرر المترتب عن عدم تنفيذ المدين للعقد.

فإذا كان الدائن يستطيع أن يخفف أو ينقص من الأضرار الناتجة عن إمتناع المدين عن التنفيذ ولم يفعل، بل زاد من هذه الأضرار بإصراره على الإستمرار في تنفيذ الإلتزام من جانبه، فإنه لا يحق له أن يطالب بتعويض الأضرار التي نتجت عن هذا الإستمرار لأنه كان يستطيع أن يتوقاها ببدل جهد معقول.

(1) عبد الرزاق دريال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار ع.ن.ق، الجزائر، 2004، ص 08.

(2) نحو حسينة، مرجع سابق، ص 41، 42.

(3) les raison de la résolution du contrat p2, 2022/05/09,23 :30hrs.

ومثال ذلك إذا تعاقد مقاول مع شخص على بناء عمارة طبقاً لمواصفات معينة، فإن رب العمل يستطيع أن يطلب وقف البناء وذلك في مقابل أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه في العمل من أجور وأثمان المواد المستعملة في البناء، وبذلك إذا إستمر المقاول رغم هذا الطلب في إتمام كل البناء فلا يكون له أن يطالب رب العمل بكل الثمن الذي يستحقه لو أتم البناء كله، لأنه في هذه الحالة يكون قد زاد من الأضرار نتيجة إستمراره في تنفيذ العقد.⁽¹⁾

شروط التنفيذ العيني:

يشترط للمطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام أن يكون التنفيذ العيني ممكناً، أن يقوم الدائن بإعذار المدين لتنفيذ إلتزامه وأن يطالب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم المدين به من تلقاء نفسه وألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين.

1- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

بمعنى ان لا يكون تنفيذ الإلتزام مستحيلاً أو غير مجديماً بسبب أجنبي أو خطأ المدين، كأن يتولى البائع بيع ذات الشيء إلى مشتريان وتنتقل الملكية إلى المشتري الثاني، وبذلك فإن التنفيذ العيني بنقل ملكية المبيع إلى المشتري الأول صار مستحيلاً، فيجب لأجل ذلك التعويض.

فعندما يكون التنفيذ العيني ممكناً و ذي فائدة، فإن للدائن الحق في ممارسته وإلا لا يستطيع أن يطلب التنفيذ بمقابل من جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه.⁽²⁾

لذلك فإن القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون ان يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد، هو تطبيق مخالف للمادة 119 ق.م.ج التي تعطي للدائن حق طلب تنفيذ الإلتزام العقدي.

(1) حمو حسينة، مرجع سابق، ص42،43.

(2) عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص.ص9،10.

فوجد المحكمة العليا قد قضت في قضية لها بخطأ المحكمة في تطبيق القانون، حيث ان المدعي الأصلي قد طالب بتنفيذ العقد أي إتمام بناء المسكن حسب الشروط المتفق عليها مع مديرية الترقية والتسيير العقاري حسب العقد المنجز بينهما في هذا الإطار، لأنه رأى أن المديرية لم توفى بالتزاماتها في هذا الشأن بحجة أن الأرض أصبحت غير صالحة للبناء، لكن قضاة المجلس قرروا فسخ العقد مع منح التعويض للطاعن عن هذا الفسخ و هو ما يجعل قضاؤهم على هذا النحول يتضمن خطأ في تطبيق القانون، بحيث لم يطلب الطرف المتضرر بفسخ العقد و لم يقم بأي إنذار و هو يؤدي إلى سوء تطبيق المادة 119 ق.م.ج التي إستند إليها القضاة و كان عليهم أن يتقيدوا بالدعوى و طلباتها.

ولذلك قررت المحكمة العليا بإبطال القرار المطعون فيه، وإحالة القضية إلى نفس المجلس مشكلة من هيئة أخرى لإعادة الفصل فيها من جديد.⁽¹⁾

2- أن يقوم الدائن بإعذار المدين لتنفيذ إلتزامه:

يقوم الدائن وجوبا بإشعار المدين بوجوب تنفيذ إلتزامه، متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ حتى لا يترك مجال للمدين لفهم عدم المطالبة بعد حلول الأجل من الدائن، تسامح من هذا الأخير في التأخر في تنفيذ الإلتزام، فمتى تم الإعذار وجب على المدين تنفيذ إلتزامه على الفور وإلا أعتبر مقصرا، ومع ذلك هناك حالات لا حاجة فيها للإعذار حسب ما جاء في المادة 181 والتي سبق ذكرها من قبل.

3- أن يطالب الدائن بالتنفيذ العيني أو يتقدم المدين من تلقاء نفسه بالتنفيذ:

إذا طلب الدائن التنفيذ العيني، وكان ممكنا يجبر المدين على هذا التنفيذ دون أن يكون له التقدم بتعويض، ومن جهة أخرى إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني، لا يكون للدائن أن يرفضه، ومع ذلك يصح الإتفاق صراحة أو ضمنا بين الدائن والمدين على التعويض بدلا من التنفيذ العيني.

(1) المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم: 225843، الصادر في 20/02/2002، الجزائر، م.ق، ع2، 2002، ص370، 373.

4- يجب أن يكون التنفيذ العيني غير مرهق للمدين:

التنفيذ العيني قد يكون ممكنا و لكن يكون في هذا التنفيذ إرهاقا للمدين، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يقتصر على دفع تعويض نقدي بدلا من فسخ العقد، لأن التنفيذ العيني هنا قد يلحق بالمدين خسارة فادحة، كما لو كانت نفقاته باهظة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر جراء التنفيذ العيني.⁽¹⁾

وكمثال على ذلك: إذا كان المدين ملتزما ببناء عمارة وقام ببنائها على مساحة إقل قليلا من الذكورة في العقد، فإن ما يصيب المدين من ضرر في إلزامه بهدم العمارة يفوق في جسامته كثيرا ما يضايق الدائن من بقائها على حالها.⁽²⁾

5- عدم التعسف في طلب التنفيذ العيني:

تكون مصلحة المدين أولى بالرعاية لذلك لا ينبغي للدائن أن يتعسف في طلب التنفيذ العيني للإلتزام، لان التعسف في إستعمال الحق يجعل إستعمال هذا الحق غير مشروع كلما كان المقصود به تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الإستعمال.⁽³⁾

2- جواز عدول الدائن عن طلب التنفيذ:

يجوز للدائن الذي بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلبه فيرفع دعوى الفسخ و طلب التحلل من العقد، لأن المطالبة بالتنفيذ لا تعتبر نزولا من الدائن عن حقه في الفسخ، كون الفسخ ذو طابع إحتياطي لا يتم اللجوء إليه إلا عندما لا يتمكن الدائن من الحصول على تنفيذ الإلتزام.

(1): حمو حسينة، مرجع سابق، ص44،45.

(2): عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص439.

(3): حمو حسينة، مرجع سابق، ص 48.

إضافة إلى أن عدم التنفيذ يعد عنصرا جوهريا للمطالبة بفسخ العقد وما دام المدين لم يقيم بالتنفيذ، فالدائن لا يفقد حقه في طلب الفسخ.⁽¹⁾

كذلك هو الحال إذا كان طلب الفسخ بعد طلب التنفيذ أمام المجلس القضائي، حيث لا يعتبر طلب الفسخ طلبا جديدا، وبالتالي يمكن إبدائه لأول مرة أمام المجلس، ذلك لأن طلب الفسخ وطلب التنفيذ هما وجهان لحق واحد وان أساسهما هو عدم تنفيذ المدعي عليه لإلتزامه، كما أن الفسخ ليس إلا طريقا لإصلاح الضرر الناشئ عن خطأ إرتكبه المتعاقد الآخر، و الذي يتمثل في عدم تنفيذ الإلتزام العقدي.⁽²⁾

فإذا لجأ الدائن إلى دعوى التنفيذ بمطالبة المدين بتنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، فإنه يستطيع إلى ما قبل صدور الحكم في الدعوى أن يعدل طلباته إلى طلب فسخ العقد، و بذلك فإن التنفيذ أو الفسخ أمر جوازي للطرف الدائن فله أن يتمسك بطلب التنفيذ و لا يمنعه ذلك العدول إذا أراد التحلل من العقد.

2- إختيار الدائن لدعوى الفسخ

للدائن أن يقيم دعوى بالفسخ، إذا حل أجل الوفاء بالإلتزام وتخلف المدين عن التنفيذ، فإنه للدائن أن يقيم دعوى بالفسخ وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

كما أن الدائن غير ملزم بالبقاء عليها، بل له أن يعدل طلباته إلى طلب تنفيذ العقد.

1-2 حق الدائن في دعوى الفسخ:

يمكن للدائن أن يختار بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام، أن يطلب من القاضي الحكم بالفسخ، أي حل الرابطة العقدية التي تربط المتعاقدين.

(1): عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص43.

(2): نفس المرجع، ص44.

ومثال على ذلك البائع الذي لا يحصل على ثمن الشيء المبيع يستطيع بدلا من طلب الحصول على المبلغ النقدي أن يطلب فسخ البيع، وهذا إستنادا إلى نص المادة 119 مدني جزائري.⁽¹⁾

وهذه المادة تمنح للدائن بالإلتزام الذي لم ينفذ حق المطالبة بحل الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين المتخلف عن أداء إلتزامه، ويختار الدائن هذا الحل إذا كان الفسخ أفضل له ويسمح له بالحصول على حقوقه، ذلك أن الفسخ يمنح للدائن فائدة ذات أهمية لأنه يضمن له حماية حقوقه.⁽²⁾ و الخصومة تبدأ بطلبه هو فإذا إختار الفسخ فإنه لا يعتبر متعسفا، بل أن له مصلحة مشروعة جدية تبرر الفسخ.

فالفسخ يحقق للدائن مركزا ممتازا خلافا لما إذا طلب التنفيذ العيني، لأنه عندما يطلب الفسخ سوف يستأثر بعنصر من عناصر ذمة مدينه وهو الشيء المعين الذي يكون قد قدمه للمدين تنفيذا للعقد، أما إذا طلب تنفيذ الإلتزام فإنه سوف يتساوى مع دائني المدين لإستيفاء حقوقه ويقتسمون ماله قسمة غرماء.

2-2 جواز عدول الدائن عن طلب الفسخ:

لكل دائن في العقود الملزمة للجانبين أن يعدل عن دعوى الفسخ إلى طلب التنفيذ، ذلك أن مصلحة المتعاقد بالإلتزام الذي لم ينفذ يجب أن يترك تقديرها له وحده، فهو أدري من غيره و من القضاء أيضا بالنسبة إلى إختيار الوسيلة التي تحقق له الحماية القانونية لحقوقه، و عليه لا يجوز حرمانه من الوسائل التي لم تقرر إلا لمصلحته.

المتعاقد الدائن يستطيع من ناحية أخرى أن يمنع الفسخ و ذلك بأن يستبدل بطلبه طلبا آخر بالتنفيذ، خاصة و أن الفسخ القضائي لا يقع إلا بعد إستصدار حكم قضائي من القاضي المعروض عليه النزاع.

(1): و يقابل هذا النص المادة 197 من القانون م. المصري و المادة 1184 من ق.م. الفرنسي.

(2): مصطفى السيد الجارحي، مرجع سابق، ص82.

أما إذا صدر هذا الحكم و حاز قوة الشيء المقضي و أصبح نهائيا، فإنه لا يجوز للمتعاقد الدائن بعد ذلك أن يعدل عن الفسخ إلى طلب التنفيذ، لأن الرابطة التعاقدية التي كانت موجودة و محلا للنزاع لم تعد قائمة في نظر القانون، و بالتالي فلا معنى للرجوع.⁽¹⁾

يستوي في الأمر أن يكون الدائن قد عدل عن طلب الفسخ أمام المحكمة الابتدائية أو أمام المجلس.

ثانيا: خيار الدائن في الفسخ الإتفاقي.

أ- حق الدائن في المطالبة بتنفيذ العقد:

يحق للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد ورغم ذلك لا يعتبر متنازلا عن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، بل يجوز له أن يعدل عن التنفيذ و يتمسك بالفسخ.⁽²⁾

عند التمعن في مضمون نص المادة 120 من القانون المدني المتعلقة بالفسخ الإتفاقي فإن متى وقع عدم التنفيذ لم يعد يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ بإعتبار أن العقد معلق على شرط فاسخ هو عدم التنفيذ، بحيث إذا تحقق عدم التنفيذ إنفسخ العقد من تلقاء نفسه.

فلم يجدد القانون المدني الجزائري على غرار القانون المدني المصري و القوانين العربية الأخرى، صراحة مدى حق المتعاقد الدائن بالإلتزام في فسخ العقد أو عدم فسحه عندما يكون الفسخ إتفاقيا، و إنما إقتصرت المادة 120 من القانون المدني على القول بأنه: " يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون، عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي."⁽³⁾

وبناء على ذلك فإن مضمون نص المادة 120 من ق.م.ج المتعلقة بالفسخ الإتفاقي يوحي لنا بأن الدائن الحق في أن يفضل طلب التنفيذ العيني للإلتزام، على أن يطالب بالتحلل من الرابطة العقدية، ذلك لأن التنفيذ غالبا ما يكون أفضل وسيلة لحماية حقوقه. و بالتالي فإن

(1) عبد الكريم بلعير، مرجع سابق، ص 196.

(2) عبد الكريم بلعير، مرجع سابق، ص 233.

(3) حمو حسينة، مرجع سابق، ص 56.

المتعاقد الدائن بالإلتزام ليس مجبرا على التمسك بفسخ العقد حتى في حالة الفسخ الإتفاقي، بل يجوز له أن يبدأ بطلب التنفيذ و لا يعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الفسخ.

ب- عدول الدائن عن طلب التنفيذ:

عندما يكون هناك إتفاق صريح على الفسخ عند عدم التنفيذ في العقد، فيوجد رأيين في هذا الصدد:

للرأي الأول يذهب إلى أن الدائن في حالة الإتفاق على الفسخ بإرادة منفردة عند عدم التنفيذ يكون صاحب حق إرادي في فسخ العقد، و يكون له الخيار في أن يستعمله و أن لا يستعمله، أي أنه عند عدم تنفيذ المدين لإلتزامه تنفيذا صحيحا، و في المعيار المتفق عليه يكون للدائن خيار بين التنفيذ و الفسخ، فإذا إختار التنفيذ إنسد في وجهه التمسك بالفسخ بصفة نهائية.

للرأي الثاني، فيذهب إلى أنه إذا كان العقد يتضمن إتفاقا صريحا على الفسخ بإرادة واحدة عند عدم التنفيذ، و لم ينفذ المدين إلتزامه و طالبه الدائن بالتنفيذ بدلا من تمسكه بالفسخ، فلا يمتنع عليه إن أصر المدين على عدم التنفيذ أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة بتعبير يوجهه إلى المدين يبلغه فيه أنه متمسك بالفسخ.⁽¹⁾

و بناء على ذلك، لا يجوز إعتبار الدائن متنازلا عن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة بمجرد أنه بدأ بمطالبة المدين بالتنفيذ بدلا من التمسك بالفسخ، لأن الإتفاق صريح على إعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ إنما وجد لتقوية حماية حق الدائن عند عدم تنفيذ المدين لإلتزامه.⁽²⁾

⁽¹⁾ :http://www.yemen.nic.infs/contrats/./detail.php، عبد المالك محسن المحبشي، النظام القانوني لفسخ

العقد في إطار المجموعة العقدية، جامعة عين شمس، مصر، 2006، ص01. الساعة 21:15، 2022/04/29.

⁽²⁾ : لقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه: " إذا كان سند الدائن يخوله الحق في طلب التنفيذ و الحق في طلب الفسخ فلا يعتبر متنازلا عن الحق الثاني لمجرد إستعماله الحق الأول.

ج- إختيار الدائن التمسك بالفسخ الإتفاقي:

يجوز للطرف الدائن في العقد أن يبدأ بإختيار الفسخ، عند عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد تضمن إتفاقا يقضي بفسخ العقد بإرادة واحدة، كما يجوز له العدول عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ.

1- بدء الدائن التمسك بالفسخ:

لا يفسخ العقد بإرادة واحدة من تلقاء نفسه لمجرد عدم التنفيذ، بل يحصل عندما يستعمل الدائن حقه الإرادي عن طريق توجيه إعلان إلى المدين، لأن الفسخ لا يقع إلا بإجتماع واقعيتين تقع إحداهما بعد الأخرى عدم التنفيذ و التمسك بالفسخ عن طريق التعبير، فعدم التنفيذ ينشأ به الدائن الحق في الفسخ، أما التمسك بالفسخ فيتحقق به فسخ العقد.

يكون التعبير بالفسخ صريحا أو ضمنيا، فيمكنه إعتبار تكليف الطرف الآخر بالحضور أمام المحكمة متضمنا التعبير بالفسخ، و لا يشترط أن يأخذ التعبير بالفسخ شكلا معينا فكما يمكن أن يحصل بالكتابة يجوز أن يقع باللفظ، غير أن سكوت الدائن عن إستعمال حقه في الفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ لا يجوز إعتباره بصفة عامة نزولا عن التمسك بحق الفسخ.⁽¹⁾

أما عن الوقت الذي يحصل فيه هذا التعبير، فليس هناك ميعاد يتعين على الدائن أن يعبر فيه عن إرادته بالفسخ و إلا سقط حقه في التمسك به، ذلك أن الطرفين يستطيعان في الإشتراط أن يحددا الوقت الذي لا يجوز بعده للدائن أن يصدر تعبيره. لذلك لا يجب على المدين أن يتمادى في عدم تنفيذه للإلتزامات العقدية، فلا يحق له أن يستمر في ذلك ثم يؤاخذ الدائن على سكوته عن فسخ العقد.⁽²⁾

(1): <http://www.mohamoon.com> 2022/05/05، الساعة: العاشرة صباحا، طه محمود عبد الجليل، الشرط الفاسخ

الصريح، ص3.

(2): عبد الحميد حجازي، مرجع سابق، ص132.

2- عدول الدائن عن طلب الفسخ:

في حالة اشتراط الفسخ بإرادة منفردة، بمجرد إعلان الدائن عن نيته في التمسك بالفسخ حتى يفسخ العقد، فلا يعقل أن يتمسك به مرة أخرى لأن الفسخ لا يقع إلا على عقد قائم، كما لا يعقل أن يتمسك بالتنفيذ بعد تمسكه بالفسخ لأنه لا يتصور طلب تنفيذ العقد إلا عند وجود ذلك العقد، لكن في هته الحالة فالعقد قد زال بسبب الفسخ.⁽¹⁾

لذلك يلتزم الدائن بالفسخ نهائيا إذا تمسك به، و يكون عندئذ قد خلق بإعلانه التمسك بالفسخ مركزا قانونيا جديدا يجوز به للمدين أن يحتاج به الدائن و لا يستطيع الدائن وحده أن يحو هذا المركز أو يعطله، بل لا بد من إتفاق جديد بينه و بين المدين إذا أراد الرجوع إلى العلاقة الأولى مرة أخرى.⁽²⁾

غير أن المقصود من عدم جواز عدول الدائن عن تمسكه بالفسخ الإتفاقي إلى طلب التنفيذ، لا يسري مفعوله إذا وقع قبل وصول الإعلان عن الفسخ إلى علم المدين، لأن العقد قبل ذلك لا يزال قائما و من ثم ليس هناك ما يمنع من عدول المتعاقد الدائن عن تمسكه بالفسخ إلى طلب التنفيذ.⁽³⁾ و بناء على ذلك فإن المتعاقد الدائن الذي أعلن عن تمسكه بالفسخ ووصل إعلانه إلى المتعاقد الآخر لا يجوز له أن يعود مرة أخرى إلى طلب التنفيذ.⁽⁴⁾

الفرع الثالث: حق المدين في التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ

إن مصلحة الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ تقضي به إلى استعمال حقه في رفع دعوى الفسخ كوسيلة لحماية حقه من المدين المتعاس عن التنفيذ.⁽⁵⁾

(1) عبد الحميد حجازي، مرجع سابق، ص 136.

(2) عبد الحميد حجازي، مرجع سابق، ص 137.

(3) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، مرجع سابق، ص 15.

(4) [Http://www.f.low.net](http://www.f.low.net) ، 2022/05/09 ، الساعة: 22:49 ، رزق بن مقبول الحمدان الرئيس، فسخ العقود

المتبادلة بين الجانبين، ص 2.

(5) عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار الفكر العربي، سنة 1988، ص 44.

وذلك بإجباره على التنفيذ العيني مع التعويض عن الأضرار التي لحقت به أو قيامه بالتعويض الكلي عن الإلتزام، إلا أنه يثور تساؤل حول ما إذا كان يجوز للمدين توقي الفسخ عن طريق تنفيذ إلتزامه الأصلي ولو متأخرا؟

باعتبار الفسخ هو وسيلة من الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائن لمواجهة المدين الممتنع عن التنفيذ، إلا أن بعض الفقه يرى أن هناك إجحاف في حق المدين الحسن النية وهذا ما أدى إلى ظهور رأيين: الرأي الأول يمنح للمدين حق التنفيذ بعد رفع الدعوى الرأي الثاني يعارض.

أولاً: أنصار هذا الحق

يتجه أصحاب هذا الحق إلى إعطاء المدين حق التنفيذ المتأخر لتوقي الفسخ إذا كان الدائن قد رفع دعوى الفسخ ما دام الأمر لا يزال بيد القضاء ولم يصدر بشأنها حكماً نهائياً.

ثانياً: معارضوا هذا الحق

تبنى هذا الرأي كل من الفقهاء الإيطاليين وبعض الفقه الفرنسيين الذين يرون أنه لا يجوز للمدين أن يتوقى دعوى الفسخ التي اختارها المتعاقد الدائن لحل الرابطة التعاقدية، ذلك أن حق الخيار مقرر قانوناً لصالح المدين، إضافة إلى أن الفسخ حسب هذا الرأي يقوم على أساس الشرط الفاسخ الضمني ومنه لا فائدة من التنفيذ بعد تحققه لأنه لا وجود للعقد أصلاً.

إلا أن هذا الرأي عاب عليه كون أن فسخ العقد لا يتحقق بمجرد عدم التنفيذ بل الحكم القضائي هو الذي يحققه، ومنه فإن حماية المدين من فسخ العقد قائمة مادام أنه مستعد للتنفيذ وهذا لا يتنافى مع نظرية الفسخ. كما أن القول بأن أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني غير صحيح، فالعقد لا يزال قائماً ويجوز تنفيذه.

ثالثاً: الرأي المتبني من طرف المشرع الجزائري بخصوص هذا الحق

بالرجوع لنص المادة 119 ق.م.ج نجد أنها لم تنص صراحة على حق المدين في تقاضي الفسخ بعد رفع الدعوى من طرف الدائن، إلا أن مضمونها يفرض على القاضي الأخذ

بالتنفيذ الذي يقدمه المدين لتفادي إيقاع الفسخ، ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي المؤيد لحق المدين في التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ لكن وضع شروط لتقييد المدين في استعمال حقه في التنفيذ وتتمثل في:

- أن يكون التنفيذ حقيقيا وفعلي: بمعنى أن يقوم المدين بعرض الأداء الملزم به أمام المحكمة وإيداعه في خزانتها أو تقديم عرض حقيقي مرفوق بالإيداع.
- أن يكون التنفيذ كاملا: ذلك أن الدائن غير مجبر على قبول الوفاء الجزئي⁽¹⁾ وهو ما تقضي به المادة 277 ق.م.ج: "لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ما لم يوجد اتفاقاً ونص يقضي بغير ذلك".

الفرع الرابع: سقوط حق الفسخ

يسقط حق الفسخ طبقا للقواعد العامة، بتنازل المتعاقد عنه صراحة أو ضمنا كما يسقط بالتقادم الطويل.

أولا: سقوط حق الفسخ بالتنازل عنه

يسقط حق الفسخ سواء كان قضائي أم إتفاقي أم قانوني، متى تنازل عنه الدائن الذي تقرر لمصلحته صراحة أو ضمنا.

فإذا عبر الدائن عن إرادته الصحيحة الصريحة في التنازل عن طلب الفسخ فلا إشكال ثمة، لكن يثور الإشكال في حالة التنازل الضمني عن الفسخ، فقد يعذر الدائن مدينه بالوفاء فهل يعتبر هذا تنازلا منه عن حقه في طلب الفسخ. فكما تقدم إن اختيار الدائن لأحد

(1) أمازيغ، بحث حول فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، إدارة منتديات المحاكم و المجالس القضائية، www.tribunal dz.com، 2022/05/24، الساعة: 22:00 ليلا.

الطريقين للفسخ أو التنفيذ فإنه لا ينسد في وجهه الطريق الآخر ما دام لم يصدر حكم نهائي.

ثانيا: سقوط حق الفسخ بمضي المدة

يسقط الحق في الفسخ بمضي خمسة عشرة سنة، حسب م 308 ق.م.ج فإذا باع شخص لآخر عينيا وسلمها له ولم يقم المشتري بدفع الثمن ومضى على استحقاق الثمن 15 سنة، سقط حق البائع في المطالبة بالتنفيذ وسقط حقه في رفع دعوى الفسخ. يجوز للمدين أن يدفع بالتقادم المسقط في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها إلا إذا دفع به المدين أو طلبه أحد دائني المدين أو أي شخص له مصلحة في طلبه.⁽¹⁾

المبحث الثاني: آثار الفسخ وتطبيقاته على بعض العقود

يتضح من نص المادة 122 ق.م.ج على أن الفسخ يؤدي إلى حل الرابطة العقدية و زوال آثارها من وقت إبرام العقد أي بأثر رجعي وهذا الأثر لا يقتصر على المتعاقدين فقط بل يمتد إلى الغير. م 122 ق.م.ج: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد..."

ولمعالجة هذا المبحث إرتأينا تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول ضمناه الحديث عن آثار فسخ العقد و المطلب الثاني ضمناه الحديث عن تطبيق مبدأ الفسخ على بعض العقد وتناولنا عقد البيع و عقد المقاوله بين التنفيذ والإنحلال وذلك لكثرة إستعمالهما في الحياة العملية.

المطلب الأول: آثار الفسخ

يترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أو إتفاقيا أو قانونيا وفقا للمادة 122 من القانون المدني الجزائري حل الرابطة العقدية بأثر رجعي بمعنى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها

(1) حسن علي الننون، مرجع سابق، ص 399.

قبل التعاقد، و إذا إستحال ذلك جاز للمحكمة أن تقضي بالتعويض، ويصبح كأن لم يكن أصلا فتتعدم جميع آثاره التي تولدت عنه، فيرد كل من المتعاقدين ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد ان تم فسخه، وإذا أصبح الرد مستحيلا وجب التعويض.⁽¹⁾

ولا يقتصر الأثر الرجعي على المتعاقدين فقط بل يمتد إلى الغير ذلك أن للفسخ أثر مطلق يحتج به في مواجهة الكافة.⁽²⁾

الفرع الأول: آثار الفسخ فيما بين المتعاقدين

إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، و إذا إستحال ذلك جاز التعويض وفقا لنص المادة 122 ق.م.ج ويسري ذلك على إنحلال كل العقود وبأثر رجعيورد ما قبض تنفيذ للعقد، ويشتمل رد الشئ وتوابعه، مثلا: في عقد البيع إلتزام البائع برد الثمن وفوائده إن وجدت وإلتزام المشتري برد المبيع بثمراته كما لو كان عقارا مؤجرا طبقا لنص المادة 375 ق.م.ج، و إذا إمتنع أحدهما عن تنفيذ إلتزامه جاز للأخر حبس ما في يده أو الإلتجاء للمقاصة القانونية.⁽³⁾

أولا: عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد

بعد تقرير الفسخ يصبح العقد منعدم الوجود كأن لم يكن، ومن ثم إزالة كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده، ويقتضي هذا الأمر أن يرد كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الآخر تنفيذا للعقد المفسوخ مع توابعه، ويتم إسترداد الأداءات التي أداها كل متعاقد عينا، مثلا في عقد البيع إلتزام البائع برد الثمن وفوائده إن وجدت و إلتزام المشتري برد المبيع بثمارته كما لو كان عقارا مؤجرا⁽⁴⁾ طبقا لنص المادة 375 ق.م.ج.

(1) المحكمة العليا، غ.م، 2002/02/06، ملف رقم 25774، م.م.ع، 2003، العدد 1، ص 103، نقض مدني مصري، 1974/12/03، أن، 25، رقم 225، ص 131.

(2): résolution entraine la disparition des effets du contrat. Cette disparition est en générale rétroactive, tant dans les rapports entre les parties, qu'à l'égard des tiers.

عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 902

(3) أنور طلبة، إنحلال العقود، دار الهناء للتجليد الفني، الإسكندرية، ص 372، ص 379.

(4) علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مرقم للنشر والتوزيع الجزائري، 2001، ص 355.

والفسخ في حقيقته القانونية كالإبطال في العقد الباطل بطلانا نسبيا من حيث الأثر القانوني، ولذا حكمت الغرفة المدنية لدى الم محكمة العليا، في قرار حديث بأنه: "متى حكم بالفسخ وفقا للمادة 122 من ق.م.ج، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض العادل مع تبيان كل ذلك في الحكم وتسببيه كافيا ومن ثم، فإن طلب ذلك على مستوى المجلس لا يعتبر طلبا جديدا، بل يعد طلبا مشتقا من الطلب الأصلي مترتبا بالحتمية على الحكم بالفسخ.

ثانيا: استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد

قد يتحقق الفسخ ويزول العقد بأثر رجعي، إلا أن إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كان عليه قبل التعاقد، يستحيل تحقيقه كأن يكون المبيع قد هلك في يد المشتري فهنا إستحالة الاسترداد العيني، ومن ثم لا يستطيع الدائن الحصول على الأداء الذي يكون قدمه للمدين قبل الفسخ، أو للمدين الحصول على ما قدمه للدائن.

و أمام هذا الوضع قام المشرع الجزائري بوضع استثناء على القاعدة العامة وأجاز فيها للقضاء الحكم بالتعويض طبقا لنص المادة 122 من ق.م.ج، ويجوز كذلك الحكم بالتعويض على المتعاقد الذي أديخلاله بالإلتزامه إلى فسخ العقد، على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية (م 119 ق.م.)¹.

وعليه نستخلص آثار فسخ العقد فيما بين المتعاقدين كما يلي:

- ❖ وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فمن قبض شيئا فعليه رده.
- ❖ رد التوابع من ثمرات وفوائد التي أنتجها الشيء المقبوض تنفيذ للعقد من وقت إقامة دعوى الفسخ، فالبائع مثلا: يرد الثمن ومعه فوائده من وقت المطالبة القضائية على أساس الكسب دون سبب.
- ❖ الحكم بالتعويض عن الأضرار التي أحدثها إخلال المتعاقد بتنفيذ إلتزامه والذي أدى إلى الفسخ العقد ويشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت.

(1): بلحاج العربي، مرجع سابق ص 905.

ثالثا: نطاق تطبيق قاعدة الأثر الرجعي

الأصل أن أثر الفسخ ينصرف إلى العقود المترابطة غير قابلة للإنقسام، مادام الترابط إتفاقيا، فزوال العقد في الفسخ لا يؤثر على الإلتزامات الناشئة عنه فقط، بل يؤدي إلى زوال الإلتزامات أخرى ناشئة عن عقود فرعية تابعة لذلك العقد بال رغم من اختلاف محل كل عقد.⁽¹⁾ فقد يقوم المدين بالثمن المؤجل مثلا بإبرام عقد الرهن بإنقضاء الدين المضمون ومثله في عقد الكفالة، أين يقوم شخص ثالث بالإلتزام بدفع عن المدين وفي حالة عدم دفعه فإن هذا العقد يزول بزوال الإلتزام المضمون ومن ثم ينقضي عقد الكفالة بصورة تبعية، وهذا ما نجده كذلك في عقود الشركات التابعة للشركة الأم فبزوال عقد الشركة الأم تنقضي عقود الشركات التابعة، ومثله أيضا في عقد المقاول.

لذلك فإن ما يلحق بالعقد الأصلي من فسخ وأبطالان ينعكس على باقي العقود المترابطة به في عملية عقدية واحدة.⁽²⁾

مما سبق نرى أن أثر فسخ العقد ينصرف إلى الماضي والمستقبل كقاعدة عامة في العقود الفورية، لكن هناك إشكال يطرح في العقود الزمنية أين تثار صعوبة في تطبيق هذه القاعدة مما أثار جدل فقهي حول هذه النقطة إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أن حالة فسخ عقد المدة لا يكون بأثر رجعي لأن أثر الفسخ يقتصر على إنهاء العلاقة العقدية بالنسبة للمستقبل فقط. فالفسخ في عقد الإيجار مثلا، لا يترتب عليه سوابق العلاقات الناشئة منذ وقوعه، ولا يفسخ العقد بالنسبة إلى ما نفي منه بعد وقوع الفسخ. لذلك فالفسخ في العقود الزمنية لا يحدث أثره القانوني إلا من وقت تقريره، لأنه لا يمكن إلغاء الزمن باعتباره كأن لم يكن.⁽³⁾

(1) المحكمة العليا، ع.م، 2002/02/06، ملف رقم 257742 م.م.ع، 2003، عدد 1، ص 103.

(2) Code.Civ, 1 ère, 4/4/2006, bull.civ,1, N° 190 ; 1/7/1997, D, 1998, 32; Note Aynès - teyssié; les groupes de contrats, LGDJ, Paris, 1975, N° 21 et sj najjar, la notion d'ensemble contractuel, Mèl Décocq, 2004, p 509

عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 905.

(3) بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 906.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن الفسخ يرتب أثرا واحدا بالنسبة لكل العقود سواء كانت فورية أو زمنية.⁽¹⁾

رأي المشرع الجزائري: المشرع الجزائري عند تنظيمه للفسخ لم يميز بين العقد الفوري وعقد المدة، مما يفهم ضمنا أن الأثر الرجعي يسري على كلا العقدين دون تمييز، فرغم صعوبة أو إستحالة إرجاع الحال إلى ماكان عليه سابقا، إلا أنه وضع حلا وهو التعويض المنصوص عليه في المادة 122ق.م.ج.⁽²⁾

الفرع الثاني: آثار الفسخ بالنسبة إلى الغير

القاعدة العامة في نظرية الفسخ هي إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل العقد وزوال جميع آثاره من يوم إبرامه، إلا أن هناك إستثناء على هذه القاعدة وهي تعدى آثار زوال العقد إلى الغير، فما هي آثاره بالنسبة للغير؟

أولا: زوال حقوق الغير في الفسخ

ينصرف الأثر الرجعي للفسخ ليس فقط فيما بين المتعاقدين ولكن في مواجهة الغير كذلك، فإذا ما تلقى الغير حقا من أحد المتعاقدين، وكان هذا الحق متعلقا بالشيء محل العقد المفسوخ، فإنه يزول بزوال حقوق و إلتزامات المتعاقد المتعامل معه، فإذا كانا العقد بيعا و باع المشتري العين إلى مشتري ثان أو رتب عليها حقا عينيا، كحق إتفاق أو حق إنتفاع ثم طالب بالبائع بفسخ البيع، رجعت إليه العين خالية من هذه الحقوق.⁽³⁾ وترفع على الغير بصفته أجنبي عن العقد دعوى الإسترداد (م 143 ق.م.ج) لذلك فإن الدائن الذي يقرر الفسخ لصالحه ضد مدينه، يكون معفى من الإلتزامات التي كانت على عاتقه، وهذا الإعفاء الناتج عن الفسخ لصالح الدائن يكون في مواجهة المدين والغير معا، بمعنى أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبه العقد من إلتزامات تعاقدية قبل الفسخ.

(1) عبد الكريم بلعبور، مرجع سابق، ص 212.

(2) هدروق كهيئة، مذكرة تخرج لنيل الشهادة ماستر في القانون، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2015/2014، ص 68، ص 69.

(3) عبد الحميد شواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 3، 1997، ص 56، ص 57.

وحتى تكون هذه القاعدة واجبة النفاذ في مواجهة الغير في مجال الفسخ يجب على المتعاقد الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه أن يقوم بتسجيل دعوى الفسخ ويؤشر بها وفقا لقواعد الشهر العقاري، وعليه إذا تقرر حق المدعي بحكم مؤشر به طبقا للقانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التسجيل، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التسجيل، ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقا عينيا بعد تسجيل دعوى الفسخ فإنه يزول بمجرد فسخ العقد سواء كان حسن النية أو سيئ النية.⁽¹⁾

غير أن هذه القاعدة وردت عليها إستثناءات حماية للغير حسن النية واستنادا لإعتبار إستقرار المعاملات فما هي هذه الإستثناءات؟

ثانيا: الإستثناءات الواردة على قاعدة زوال حقوق الغير
قد يضار الغير نتيجة فسخ العقد فيما بين المتعاقدين، وحماية لحقوقه المكتسبة من خلال إبرام العقد، نص القانون على أحكام قصد حماية الغير حسن النية من نتائج الفسخ، مع الحفاظ على إستقرار المعاملات وتتمثل في:⁽²⁾

1- حالة الغير الذي تقرر له حق على عقار وشهره

لقد نص المشرع الجزائري في قانون 75/74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل التجاري الصادر بتاريخ 1975/11/12 لاسيما في المادتين 15، 16 حيث أعتبر الشهر وسيلة للإحتجاج بكل ما يتعلق بالحق العيني من إنشاء أو تعديل أو نقل أو انقضاء فيما بين المتعاقدين بالنسبة للغير.

فالغير الذي تقرر له حق عيني على عقار بحسن نية، وقام بشهر حقه، ثم فسخ عقد سلفه فإنه لا يؤثر على حقوقه، لأنه يعتبر حسن النية بمجرد قيامه بالشهر، أما إذا كان سيئ النية في ذلك الوقت أو قبله، فإن حكم الفسخ يسري في مواجهته، وحينئذ يلتزم برد الشيء إلى

(1): أنور طلبية، مرجع سابق، ص 389.

(2): عبد الناصر توفيق عطار، مصادر الإلتزام، دار الكتاب الحديث، أسبوط، ص 160.

المدعي في دعوى الفسخ، أما إذا أصبح سيء النية وقت اكتسابه الحق العيني فلا أثر لذلك ويتحقق سوء النية عن طريق العلم بسبب الفسخ.⁽¹⁾

2- حالة الغير الذي ترتب لصالحه رهن رسمي

قد يحدث أن يرتب المشتري رهن تأميني على العقار الذي إشتراه لدائن مرتهن بحسن النية والذي تبين له فيما بعد أن الملكية زالت من سلفه، لأن العقد الذي كان يربط المشتري بالبائع قد تم فسخه، والمشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الحديثة قام بحماية هذا الدائن المرتهن، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 889 ق.م.ج.⁽²⁾

وعلى هذا الأساس يبقى الرهن قائما ولو تم الفسخ ما دام الدائن المرتهن كان حسن النية من جهة، وقيد رهنه قبل رفع دعوى الفسخ من جهة ثانية.

3- حالة الغير الذي تملك بالتقادم

قد يكسب الغير حسن النية بموجب التقادم المكسب الذي تقضي به المادة 827 ق.م.ج، فمثلا إذا كان عقد البيع تم بين البائع والمشتري، وكان الغير قد صار مالكا للشيء المبيع عن طريق التقادم المكتسب، فإن فسخ عقد البيع الذي يحدث بين البائع والمشتري بإعتبارهما طرفي العقد لا يؤثر على الغير الذي اكتسب حقه لأنه محمي من الناحية القانونية.

4- الغير الذي اكتسب حقا من عقود الإدارة الحسنة

ويتمثل في عقد الإيجار الذي نزيد مدته من 3 سنوات، ذلك لأن العقد الزمني يكون الزمن معقود عليه ما إنقضى منه لا يمكن الرجوع فيه ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار مثل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ويبقى عقد الإيجار قائما طول هذه المدة

(1) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 59.

(2) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 263.

وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض ويعتبر العقد مفسوخا من وقت الحكم إثبات بفسخه.(1)

5- حالة الغير الذي يكسب حقا عينيا على منقول

إذا تم فسخ العقد بين المتعاقدين، فإن الغير حسن النية تحميه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية طبقا لنص المادة 835 ق.م.ج.(2)

المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ الفسخ على بعض العقود

نجد مسرح تطبيق الفسخ في العقود الملزمة لجانبين ومن أهم تطبيقاته نجد عقد البيع وعقد المقاولة، فنجد أن المشرع نص صراحة على تطبيق الفسخ في العقد وذلك عن طريق الدفع بعدم التنفيذ في ذلك بحسب المشتري الثمن حسب المادة 388 ق.م.ج في مقابل نص على حق البائع في حبس المبيع وفقا لنص المادة 390 قانون مدني جزائري .

أما بالنسبة لتطبيق الفسخ في العقد المقاولة فإن المشرع تطرق له من خلال المواد من 549 إلى 570 قانون مدني جزائري في بابه التاسع تحت عنوان العقود الواردة على العمل.(3)

فوضع المشرع الفسخ كأداة وضمان للطرف المتضرر، للتحلل من الرابطة العقدية.

الفرع الأول: تطبيق مبدأ الفسخ على عقد البيع:

إن عقد البيع بإعتباره من العقود الملزمة للجانبين، يترتب على طرفي العقد سواء المشتري أو البائع إلتزامات واجبة التنفيذ، يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بخلتزماته حق الطرف الآخر التحلل من إلتزاماته المقابلة.

(1) أنور طلبة، مرجع سابق، ص 402.

(2) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 120.

(3) حراق مروة ودودو رشيدة، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في قانون معمق 2020/2019 ص 34 .

ومن بين هذه الإلتزامات: الإلتزام بنقل ملكية المبيع، الإلتزام بتسليم المبيع، ضمان التعرض و الإستحقاق ، ضمان العيوب الخفية بالنسبة للبائع و كذا بالنسبة للمشتري نجد: الإلتزام بدفع الثمن، الإلتزام بتسليم المبيع، الإلتزام بتحمل المصاريف و ليس المراد هنا دراسة إلتزامات البائع و المشتري و إنما المقصود ربط هذه النقطة بمسألة إنحلال عقد البيع، حيث أن التخلف عن هذه الإلتزامات من كلا الطرفين قد يؤدي إلى إنحلال الرابطة التعاقدية.

وهنا نجد أنفسنا أمم الدفع بعدم التنفيذ في عقد البيع، و الذي نص عليه صراحة المشرع و ذلك بحبس المشتري الثمن حسب م388 ق.م.ج في المقابل نص حق البائع في حبس المبيع وفقا لنص م390 ق.م.ج.⁽¹⁾

ولقد عمد المشرع الجزائري على النص صراحة على الأحوال التي تؤدي بالمتعاقدين إلى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ و الذي إعتبره يدخل في باب الفسخ و الذي نص عليه من خلال مواد قانونية معينة كنص م388/ف02 ق.م.ج نجد حق حبس الثمن.

نجد أن هذا النص اشتمل على حالات أخرى كتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عند خشية المشتري من نزع المبيع من تحت يده، إذا كان غير مملوك للبائع أو مثقلا بالرهن أو إذا اكتشف المشتري عيبا في المبيع فهنا يتمتع المشتري عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن. أما بالنسبة للبائع فقد منح المشرع الحق في حبس المبيع من خلال نص م390 ق.م.ج.

1- حبس المشتري الثمن:

إن عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين فبمجرد إبرام عقد البيع تنشأ الإلتزامات تقع على عاتق البائع من جهة، وعلى عاتق المشتري من جهة أخرى، و كل هذه الإلتزامات لها ارتباط مع بعضها البعض فإذا أحدث وأن انقضى إلتزام أحد الطرفين انقضى إلتزام الطرف

(1): الأمر: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن أحكام القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية العدد 31، 2007، م 388، 390.

الأخر بالضرورة فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه يحق للطرف الآخر أن يمتنع هو الآخر.

وهذا ما أدى بالمشرع بأن يقر بالدفع بعدم التنفيذ صراحة من خلال نص م 388 / ف 02 ق.م.ج إلا أن هذه المادة يشوبها عيوب يجب على المشرع أن يهتم ليستقيم المعنى الحقيقي والصحيح مستقبلا وحيث نصت المادة بمايلي: "... ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفا الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبوع ..."

حيث ألقى المشرع على عاتق المشتري مسؤولية ضمان العيوب الخفية، هذا ما يتعارض مع النص القانوني، الذي يفرض على البائع ضمان العيوب الخفية. و مع ذلك يجوز في هذه الحالة ان يطالب بإستفاء الثمن.

وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال نص م 200 ق.م.ج التي أعطت للمدين تأمين عينيا أو كفيلا للوفاء ومن ثم يحق له الامتناع عن أداء الإلتزام إذا لم يقدم الدائن تأمين كاف للوفاء بالالتزام وهذا ما كان على المشرع أن يذكره ضمن م 388 / 2 ق.م.ج وهو ما يجب أن يسنه مما يجب على البائع من ضمان التعرض و الإستحقاق أو ضمان العيوب الخفية ليثبت عدم تقصيره⁽¹⁾ وذلك بتقديم ضمان الذي قد يتمثل في كفالة لشخصية أو تأمين عيني حيث نجد أن هذا العنصر المهم سقط من نص 388 / 2 وهذا ما جعل الأستاذ على علي سليمان أن يقترح أن يكون نص م 388 / 2 م كالأتي : 'فإذا تعرض أحد المشتري مستندا إلى حق سابق أو إلى من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفا الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبوع.'⁽²⁾

(1): حراق مروى مرجع سابق ص 48.

(2): علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص

فلمشتري حق حبس الثمن فحق الحبس يعتبر أصل تطبيق الدفع بعدم التنفيذ، وهذا ما يتضح لنا من خلال النص أنه يثبت للمشتري حق حبس الثمن رغم عدم استحقاق الأداء وذلك في الحالات التالية:

أولاً: إذا حدث وأن تعرض شخص من الغير البائع:

وهذا ما تأكده كل من المادتين 123 و 200 ق.م.ج، حيث يفرض على البائع الإلتزام بضمان التعرض والاستحقاق، فإذا لم يوفق في تحقيق ضمان التعرض وجب عليه تعويض، ولا يكون ذلك إلا بضمان الاستحقاق والتعرض ومن ثم جاز للمشتري حبس الثمن إلى أن يقوم البائع بضمانات التعرض، إلا أنه يجوز حبس الثمن إن يقوم البائع بضمانات التعرض، إلا أنه يجوز حبس الثمن إن لحق كذلك تعرض جزء من المبيع فيتم حبس هذا الجزء فقط في قيمة هذا الجزء، وإذا اختلف في قيمة الجزء الذي وقع التعرض فيه يلجأ إلى القضاء لتحديد قيمة. (1)

ثانياً: الحالة التي يخشى المشتري أن ينزع المبيع من تحت يديه

أي أنه لا يشترط أن يقع التعرض حقيقة للمشتري من طرف الغير، و إنما يكفي أن تكون أسباب يخاف المشتري منها على المبيع كأن يكتشف بأن المبيع غير ملوك للبائع وبالتالي يكون معرض لاسترداده من المالك الأصلي، أو أن يكتشف المشتري أن المبيع مرهون أو حق اختصاص وبالتالي لا يكون المشتري في مأمن أن ينفذ عليه لكونه في حيازته، أو إذا اكتشف أن ملكية البائع للمبيع معلقة بشرط فاسخ وبالتالي تؤول الملكية بتوفر الشرط الفاسخ، إلا أنه نجد المشرع خرج من القاعدة العامة لضمان الذي يصدر عن الغير والذي يتطلب وقوع ضرر حقيقي وغير محتمل كما أن هذا يرجع إلى أن لو فرض على المشتري

(1): مروة حراق مرجع سابق ص 49.

دفع الثمن لما تم التعرض، وهنا يفقد البائع جدية رجوعه ويفقدها أكثر إذا أشهر إعاره أو إفلاس هذا الأخير. (1)

إضافة حسب هذه الحالة نجد أن المشرع خرج أيضا عن أحكام الدفع بعدم التنفيذ وفقا للمادة 123 ق.م.ج التي تضع شرط إخلال المدين بالتزامه ليصبح من حق الدائن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلى حالة مغايرة لم يخل فيها البائع من التعرض حسب ما تطرقنا إليها سابقا، وبذلك أجاز له الإمتناع عند دفع الثمن حماية للمشتري وما يتناسب مع عقد البيع وخصوصيته. (2)

ثالثا: اكتشاف المشتري عيب في المبيع

هذه الحالة يطبق حسب الثمن إذا اكتشف المشتري عيبا في المبيع فيمكن له هنا حبس الثمن إلا أنه يجب أن يكون هذا العيب من العيوب التي تستوجب على البائع ضمان المبيع، أي يجب أن تتوفر في العيب الشروط الموجبة لضمان حيث تمثل هذه الحالة، تطبيق للقواعد العامة في حق الحبس إذا يقابل التزام المشتري بدفع الثمن إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية، إلا أن البائع تقع عليه مسؤولية ضمان العيوب الخفية إذا تعمد إخفاء هذه العيوب أو كانت كغش منه. (3)

توفر الشروط القانونية للعيوب الخفية وما قد يتعرض له المشتري من تعويض المصاريف القضائية وأتعاب المحامي وضياع وقت طويل بسبب تعقد الإجراءات القضائية، وهنا للمشتري أحسن أن يستمر في الامتناع عن دفع الثمن إلى أن يصحح البائع العيب أو أن يرفع دعوى التنفيذ والتي يكون للقاضي كلمة الفصل، فإذا وجد أن العيب مستوفي لشروطه المنصوص عليها قانونا ألزم البائع بالتنفيذ وإذا حدث العكس أقر بدفع الثمن على المشتري.

(1): خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1991، ص 116.

(2): حراقمروة، مرجع سابق، ص 50.

(3): خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 192.

غير أنه إذا لم يخطر المشتري البائع بأن المبيع فيه عيب وسكت، عن ذلك يعتبر أن المشتري رضي بالمبيع وبالتالي ليس له رفع دعوى الضمان العيوب الخفية، فيعتبر امتناع المشتري عن دفع الثمن تعبيراً منه عن عدم رضاه بالمبيع ورفضه له وأحسن وسيلة يعتمد عليها المشتري لإثبات حسن نيته هي الإعذار لإيصال العلم للبائع بإخلاله بالإلتزام بضمان العيوب الخفية.⁽¹⁾

كما يحق للمشتري حبس الثمن إذا أخل البائع بالإلتزامات الملقاة على عاتقه، فمثلاً إذا أخل البائع بالإلتزام التسليم وكل الخطوات اللازمة لنقل الملكية للمشتري جاز لهذا الأخير حبس الثمن.

إلا أنه يمكن أن يسقط حق حبس الثمن الذي يأخذ شكل الإمتناع عن التنفيذ بزوال التعرض الذي يخشى المشتري من وقوعه على المبيع، والذي قد يؤدي إلى حرمانه من المبيع، كما قد يسقط حق حبس الثمن إذا تخلى المشتري صراحة أو ضمناً عنه، كما يسقط حق حبس الثمن أيضاً إذا قدم البائع للمشتري تأمين كاف لوفاء سواء كانت كفالة شخصية أو عينية..⁽²⁾

2- حق البائع في حبس المبيع:

لقد أقرت القواعد العامة للبائع أن يتمتع عن تنفيذ إلتزامه استناداً للحق في الحبس الذي يعتبر بدوره أحد وسائل ضمان الذي يضمن به البائع إلتزام المشتري برد المبيع وحتى يقوم هو الآخر في المقابل برد الثمن لكون أن حق الحبس مقرر في جميع الإلتزامات التبادلية وباعتبار عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين يترتب عن زوال هذا العقد على كلا المتعاقدين بإرجاع ما كان قد اكتسبه من المتعاقد الآخر وتتنضح صورة الدفع بعدم التنفيذ في

(1): حراق مروة، مرجع سابق، ص51.

(2): أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص193، 192.

عقد البيع عن فسخ عقد البيع، فيطالب البائع المشتري برد المبيع فيمتنع هو الآخر بالدفع بعدم التنفيذ حتى يرد البائع له الثمن.⁽¹⁾

ونجد أن المشرع الجزائري تناول حق الحبس فقد منح المشرع للبائع حق حبس المبيع كضمانة لاستقاء الثمن إذا لم يلتزم المشتري بدفع الثمن، إذا كان مستحق الأداء، وهذا ما جاء في نص م 390 / 1 ق.م.ج: " إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع..."

يتضح من خلال م 390 ق.م.ج أن المشرع أعطى للبائع حق حبس المبيع إلا أنه قيده بحالتين نذكرها كالآتي:

الحالة الأولى: هذه الحالة تكمن إذا استحق أداء الثمن قبل تسليم المبيع وتخلف المشتري عن دفع الثمن ومن ثم للبائع حبس المبيع إلى أن يلتزم المشتري بدفع الثمن، أما إذا كان ميعاد دفع الثمن هو ميقات تسليم المبيع ويحدد ميعاد ثمن في هذه الحالة حسب م 388 ق.م.ج⁽²⁾، حيث تأخذ هذه الحالة عندما يكون الثمن مستحق الأداء إلا أن المشتري لم يقوم بالتزامه بدفع الثمن للبائع كما لا يكون هذا الأخير قد قام بالتزامه المتمثل في تسليم المبيع للمشتري وهنا نكون أمام إفتراضين إما أن يكون الطرفان قد اتفقا مسبقا على وقت التسليم إلا أن المشتري لم يلتزم بدفع الثمن وبالتالي يمتنع البائع عن التنفيذ بحبسه المبيع، واما أن نكون أمام إفتراض آخر وهو أن كل من البائع والمشتري اتفق على وقت التسليم دون وقت دفع الثمن وفي هذه الحالة يتعاصر الوقتان فيجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع، كما يجوز للمشتري الامتناع عن دفع الثمن⁽³⁾.

(1) أنور طالبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث الاسكندري، مصر، 2004، ص 194، 195.

(2) خليل أحمد قدارة، مرجع سابق، ص 197، 198.

(3) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 714.

الحالة الثانية: في هذه الحالة يكون الثمن مؤجل إلى وقت لاحق على التسليم، إلا أن هذا الأجل سقط حسب ما تنص عليه احد أسباب م 211 ق.م.ج أي أن الثمن المؤجل سقط وبالتالي لا تتم عملية التسليم إلا لسببين حسب م 211 ق.م.ج:

إذا كان هناك اتفاق مسبق على أن يمنح البائع للمشتري على تحديد أجل التسليم أي إذا منح البائع أجل للمشتري فهنا يصح للبائع الحق في أن يمتنع عن القيام بالتزام التسليم وهذا ما أشار إليه م 390 / ف 02 ق.م.ج: " هذذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع"...

إلا أن الأجل القضائي لا يحول دون أن يمتنع البائع عن تسليم المبيع، إضافة إلى ذلك هناك أسباب تؤدي إلى سقوط الأجل و امتناع البائع عن التسليم، فإذا حدث و أن قدم المشتري ضمانا كتقديمه تأمين ضعيف من أجل أن يضمن الثمن حتى وان كان لا إرادة للمشتري في هذا الضعف فيسقط الأجل إثر ذلك وبالتالي يمكن للبائع الامتناع عن تسليم المبيع، أو في حالة عدم وفاء المشتري ما وعد به للبائع في العقد من تقديم تأمينات فهنا يسقط الأجل ويمكن للبائع الامتناع عن التسليم المبيع، فإذا أرى البائع نقص في التأمينات يعتبره هذا الأخير كدليل لسوء نية المشتري واخلالا بوعده وبالتالي يسقط الأجل لنقص الضمان فدفعت بعدم التنفيذ فرصة للمشتري من تقديم تأمين وتصحيح نيته.⁽¹⁾

كما لا يجوز حبس العين المبيعة واستعمال الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الثمن مؤجلا فيسقط في حالات معينة كحالة إفلاس أو إعسار إلا أنه يمكن أن يقوم أحد الطرفين بتعجيل تنفيذ التزامه قبل الطرف الآخر سواء كان سبب ارجع إلى العرف أو طبيعة المعاملة كما يمكن أن يتفق الطرفان على مخالفة العرف فيصبح التزام كل منهما مستحقا وحالا ومن ثم يجوز للبائع التمسك بالدفع.⁽²⁾

تجدر الإشارة إلى أنه لو قام البائع بحبس المبيع عليه أن يحافظ عليه وذلك بأن يقوم بعناية الرجل العادي، وإذا حدث وهلك هذا المبيع يقع عبأ الإثبات على المشتري وفقا لما جاءت

(1) مروى حراق، مرجع سابق، ص 53.

(2) عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق 715.

بیه م 391 ق.م.ج : " إذا تلف المبلغ في يد البائع وهدو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع". ومنه فإن تبعة هلاك المبيع أثناء فترة الحبس تقع على المشتري لأنه هو السبب لكونه هو من تسبب في ذلك بعدم دفع الثمن.

أما إذا كان هذا الهلاك راجع إلى البائع فيتحمل عبأ تبعة الهلاك، كما أنه لا يحق للمشتري أخذ المبيع من يد البائع، و إذا قام بذلك للبائع حق استرداد المبيع خلال 30 يوم من وقت علمه بخروج إلتزامه م 202 ق.م.ج، كما يحق للبائع الإحتجاج في حبس المبيع في مواجهة الغير الذي كسب هذا الحق كما يجوز للبائع التنازل عن حقه في حبس المبيع صراحة أو ضمناً، ويكون ضمناً إذا تنازل البائع عن حقه في حبس المبيع عند استحقاق الثمن كأن يقوم بتنفيذ إلتزامه بتسليم المبيع برضاه للمشتري رغم عدم دفع هذا الأخير لثمن هذا المبيع، وفي هذه الحالة لا يجوز للبائع الرجوع عن موقفه بالمطالبة بإسترداد المبيع لحبسه لأي سبب من الأسباب لأن خروج المبيع من حيازته كان بإرادته تنازلاً منه.⁽¹⁾

نستنتج من خلال ما تطرقنا له أن المشتري عمد على توفير الحماية لكل من البائع والمشتري على سواء فأقر بحبس الثمن لحماية للمصالح المشتري (م 388 / 02 ق.م.ج) ووفر حماية وضمناً للبائع عن طريق حبس المبيع وسقوط الأجل بالامتناع عن التسليم (390 ق.م.ج) فغاية المشرع نبيلة تذهب بنا بعيداً عن الفكر الكلاسيكي لفكرة الدفع بعدم التنفيذ باستعماله إذا تحقق الخطر الذي يهدد مصالح المتعاقد إلى استعماله حتى قبل تحقق الخطر فبمجرد يرى كل من البائع والمشتري أن مصالحهما في دائرة الخطر يبادر باستعمال حقه بالدفع بعدم التنفيذ بأنه أداة ضمان تضمن حقوق المتعاقدين من كل سوء نية أو خطر محتمل..⁽²⁾

الفرع الثاني: تطبيق الفسخ على عقد المقاوله

يعد عقد المقاوله من أهم العقود في الحياة العلمية للأشخاص، ويجسد اندفاعهم لتنفيذ المشاريع ووضعها في الواقع.

(1) سليمان مرقص، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة 4، عالم الكتب، القاهرة، مصر 1980، ص 360.

(2) خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 199.

وقد ورد ذكر عقد المقاولة في الباب التاسع، تحت عنوان "العقود الواردة على العمل" في المواد من 570 إلى 549 من القانون المدني الجزائري، وقد عرفت المادة 549 عقد المقاولة بقولها: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين، أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي، عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر."

ففي عقد المقاولة يتفق شخصان على أن يقوم أحدهما وهو المقاول بصناعة شيء أو أداء عمل نظير أجره يدفعها المتعاقد الآخر، وهو رب العمل.⁽¹⁾

وسنتطرق هنا إلى عقد المقاولة بين مجال التنفيذ ومجال الإنحلال:

أولاً: القاعدة الأصلية في عقد المقاولة (التنفيذ)

إن جميع أطراف التعاقد في عقد المقاولة، سواء المقاول الأصلي أو الفرعي ورب العمل، تهدف إلى تنفيذ العقد والإستمرار في ذلك، على أساس أن ذلك يحقق مصالحهم ويضمن حقوقهم.

إن الأصل في عقد المقاولة هو التنفيذ، وهي السمة التي تطبعها القوة الإلزامية للعقد وتجعل منه قانوناً واجب النفاذ والتنفيذ في مواجهة المتعاقدين أنفسهم والغير.

إن عقد المقاولة هو عقد واجب التنفيذ، وليس للأطراف المتعاقدة التحلل من الإلتزامات التي وضعها العقد على عاتقهم، إلا بإتباع الطرق المشروعة، وإلا كانوا محلاً للمسؤولية.

إن العقد يفرض على المتعاقدين والغير وكذا القضاء إحترامه، فلا يجوز للمتعاقدين، الإفراد بنقض العقد إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً وليس للغير أن يتجاهلوا ما يفرضه وما يرتبه العقد من آثار، كما يلزم القاضي بإحترامه، فلا يملك أن يعدل شروطه كقاعدة عامة.⁽²⁾

إن تصنيف عقد المقاولة ضمن العقود اللازمة، تجعل له المزيد من القوة في الإلزام والتنفيذ.

(1): حسين تونسي، مرجع سابق، ص 60.

(2): أبو ستيت حشمت، مرجع سابق، بند 372 و مابعد، ص 319.

ولقد وضع المشرع العقود قصد تنفيذها وإخراجها إلى عالم الواقع وأمدّها بالقوة القانونية، الأمر الذي يجعل الخروج عن قاعدة التنفيذ أمرا صعبا، وبذلك يقيد الإلتجاء إلى انحلال العقد حتى يبقى في إطاره المشروع.

ثانيا: القاعدة الإستثنائية في عقد المقاولة (الإنحلال)

قد ينشأ عقد المقاولة بشكل صحيح، غير أن أحد المتعاقدين يخل بتنفيذ الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد أو يستحيل عليه تنفيذها نتيجة سبب أجنبي، الأمر الذي يجعل المتعاقد الآخر في وضع غيرسوي، إذ يكون ملتزما إتجاه الطرف الآخر، لأن العقد مازال قائما، وفي نفس الوقت لا يمكنه الحصول على المقابل بسبب عدم التنفيذ أو إستحالة التنفيذ.

وفي مواجهة هذا الوضع الذي يطبع العقود الملزمة للجانبين، خص القانون المدني الجزائري هذه الفئة بقواعد خاصة، جعل فيها للمتعاقد الدائن حق التحلل من إلتزاماته العقدية في مواجهة المدين المقصر، في متن المواد من 119 إلى 123 والتي أسست نظرية عامة لفسخ العقد.⁽¹⁾

لقد تطورت فكرة إنحلال العقد إذ لم تكن تشكل قاعدة عامة لمعالجة وضع غير قانوني يتمثل في الإخلال بتنفيذ ما يفرضه العقد من إلتزامات وبمرور الزمن أصبحت التشريعات، تتبنى فكرة إنحلال العقد كقاعدة عامة بكامل تطبيقاتها لاسيما في مجال فسخ العقد ومنها القانون المدني الجزائري، ولقد وضع المشرع مبدأ إنحلال العقد لغرض حماية المتعاقد الدائن الملتزم، باعتبارها وسيلة إستثنائية فلا يصح التوسع فيها، ويجب مراعاة شروطها نظرا لنتائجها الخطيرة في واقع المعاملات بين الأشخاص.⁽²⁾

إن أسباب إنحلال عقد المقاولة عديدة، ولكن أهمها الفسخ إلا أنه قد ينحل العقد بإتفاق الطرفين بعد إبرامه صحيحا وهذا ما يعرف بالإقالة التي لم يعمل بها المشرع الجزائري، كما

(1): عبد الكريم بلعير، مرجع سابق، ص 125.

(2): عبد الكريم بلعير، نفس المرجع، ص 11.

قد ينحل بالإرادة المنفردة ونكون أمام الإنهاء، ولكل نظام من هذه الأنظمة قواعد خاصة به..⁽¹⁾

ويفهم من القواعد الخاصة المنظمة لعقد المقاولة أنه إذا أخل أحد طرفي العقد بالتزاماته التي رتبها العقد وفقا للاتفاق، جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب إما بالتنفيذ، اوما بالفسخ حتى يتحلل من التزاماته.

فإذا ما إختار رب العمل فسخ عقد المقاولة، فإن ذلك يؤدي إلى إنحلال العقد وللقاضي أن يجيب رب العمل على طلبه، كما له أن يمهل المقاول حتى يقوم بتنفيذ التزامه، كما أن لرب العمل أن يشترط أثناء إبرام العقد حقه في الفسخ إذا ما أرى أن المقاول متأخر في الإنجاز.⁽²⁾

ولرب العمل في كل الأحوال أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر نتيجة إخلال المقاول بتنفيذ التزامه. ومن صور التعويض المقترن بالفسخ: حالة أن يترك رب العمل الشيء المصنوع للمقاول إن أخل بالشروط فلا يتقبله ولا يعطيه اجرا عنه.

ولرب العمل متى رأى أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد، أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له توقيع الجزاء، دون إنتظاره حتى انتهاء المدة، فليس على رب العمل أن ينتظر نهاية المدة حتى يستعمل حقه في الفسخ.⁽³⁾

وقد أورد القانون المدني الجزائري تطبيقا لهذا المبدأ في نص المادة 553 والتي تنص: "إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعمل عن طريق التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا إنقضى الأجل دون

(1) عبد الكريم بلعبيور، المرجع نفسه، ص 125.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة في العمل (المقاولة، الوكالة، الوديعة و الحراسة)، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964، بند 24، ص 241.

(3) حسن تونسي، مرجع سابق، ص 67.

يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما بفسخ العقد. وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 180".

ففي هذه الحالة الخاصة بعقد المقاولة، لرب العمل أن يطلب فسخ العقد، والتحلل من التزاماته، إذا إنقضى الأجل دون أن يعدل المقاول عن إنجاز العمل بشكل معيب أو مناف للعقد.

وأعطى الأستاذ محمد لبيب شنب مثلاً على ذلك: "تعاقدت فرقة مسرحية مع صاحب مسرح على تقديم بعض الروايات على مسرحه في خلال أسبوع معين وقبل حلوله تعاقدت مع صاحب مسرح آخر على التمثيل خلال نفس الأسبوع، ففي هذه الحالة يجوز لرب العمل وهو صاحب المسرح أن يعتبر هذا المسلك جحوداً من الفرقة، وأن يفسخ العقد دون إنتظار لحلول الموعد المحدد لتنفيذ العقد، كما يتيح له التعاقد مع فرقة أخرى، حتى يكفل حقه ألا يبقى مسرحه بلا فرقة، وهو ما يحدث لو إنتظر حلول موعد التنفيذ الأول".

وإذا لم يرق رب العمل بتنفيذ التزاماته، كان للمقاول استخدام كل المكنات القانونية، فيكون له بعد إذاره أن يطلب من القضاء فسخ المقاولة، حتى يتسنى له التحلل من التزاماته متى كانت له مصلحة في ذلك، كأن يكون في إمكانه بيع الشيء المصنوع لغير رب العمل المقصر.⁽¹⁾

وجاءت المادة 361/ف3 من القانون المدني الجزائري،⁽²⁾ وقررت حكماً خاصاً، أجازت فيه للقاضي أن يحكم بفسخ عقد المقاولة، وذلك في حالة إنهيار التوازن الإقتصادي بين التزامات طرفي العقد بسبب حوادث إستثنائية.

إن الفسخ هو الجزاء عن تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته لسبب راجع إليه، أما إذا كان عدم التنفيذ بسبب أجنبي فإن الطرف الذي يستحيل عليه تنفيذ التزامه نتيجة تدخل السبب الأجنبي هو نفسه الذي يتحمل الخسارة الناتجة عن ذلك.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 877.

(2) حسين تونسي، مرجع سابق، ص 68.

إن هذه القاعدة العامة والمطلقة، أخذ بها المشرع الجزائري على غرار غالبية الدول العربية، وخير دليل على ذلك ما نصت عليه المادة 568 من ق.م.الجزائري: "إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برد نفقته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين. أما إذا كان المقاول قد أعذر بتسليم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه، وجب عليه أن يعرض رب العمل.

فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر بأن يتسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعا إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها، كان تحمل هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي إصلاح الضرر عند الإقتضاء".⁽¹⁾

وعليه فإن تبعة الهلاك يتحملها المدين كقاعدة عامة، إلا إذا أعذر الدائن بتسليم الشيء قب لهلاكه، فهنا ينتقل تحمل التبعة إلى الدائن.

ومن الملاحظ في هذا المجال أن المادة 568 لم تميز بين حالة الهلاك الكلي وحالة الهلاك الجزئي بخلاف الأمر في عقد البيع.⁽²⁾

إن القاعدة العامة التي أخذ بها المشرع الجزائري تجعل تبعية الهلاك على المدين في جميع الحالات التي يفسخ فيها العقد بقوة القانون، لأن الغرض المراد من إنحلال العقد، هو حماية المتعاقد الدائن في العقود الملزمة للجانبين.

(1) الأمر: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن أحكام القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05- المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، الجريدة الرسمية العدد 31، 2007، م 568.

(2) نصت م 369 عن الهلاك الكلي في عقد البيع، والمادة 370 عن الهلاك الجزئي في عقد البيع، من الأمر: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن أحكام القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05.

ثالثاً: الأثر القانوني للفسخ في عقد المقاولة

سواء تعلق الأمر بالفسخ القضائي أو الإتفاقي فإن العقد ينحل بسبب الفسخ من وقت نشوئه أي يمتد أثره إلى الماضي، وهذا ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ فيعد العقد كأن لم يكن سواء بين المتعاقدين أو الغير.

1- بالنسبة للمتعاقدين:

إذا فسخ العقد سقط أثره فيما بينهما ووجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وهذا ما جاءت به م 122 من ق.م.ج كقاعدة عامة في هذا الشأن.

فإذا كان العقد مقاولة، وجب على كل طرف في العقد أن يرجع للطرف الآخر ما أخذه منه. والملاحظ أن دعوى الفسخ تجعل الدائن في مقام الدائن الممتاز عملياً فلا يشترك مع بقية الدائنين.

أما إذا إستحال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فللمحكمة أن تحكم بتعويض عادل صالح للدائن.

2- بالنسبة للغير:

إن الأثر الناجم عن فسخ عقد المقاولة لا يقتصر على المتعاقدين، بل يمتد أثره إلى الغير، ومعنى ذلك أن الغير الذي تلقى حقا من أحد المتعاقدين وكان هذا الحق متعلق بموضوع العقد الأصلي المفسوخ يزول حقه تبعاً لزوال حقوق والتزامات المتعاقد الذي تعامل معه بسبب فسخ العقد. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للغير الإحتجاج على الدائن بما رتبته العقد من التزامات تعاقدية قبل فسخه.⁽¹⁾

ورغم ذلك يتعين على الدائن الذي تقرر الفسخ لمصلحته المبادرة بتسجيل دعوى الفسخ. وزوال العقد بأثر رجعي في مواجهة الغير، له إستثناءات تفرضها إعتبرات قانونية تتصل بصيانة الثقة المشروعة التي تؤدي إلى إستقرار المعاملات، نذكر منها:

(1) بلعبور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 288.

- ❖ حالة الغير الذي يكسبها عينيا على منقول بحسن النية.
- ❖ حالة الغير الذي تقرر له حق على عقار وشهره وفق القانون.
- ❖ حالة الغير الذي ترتب لصالحه رهن رسمي.
- ❖ حالة الغير الذي تملك بالتقادم.⁽¹⁾

إذن فإن فسخ عقد المفاوضة يترتب عليه آثار رجعية كقاعدة عامة يستوي في ذلك المتعاقدين والغير، ونستثني من القاعدة حالات معينة تبقى فيها حقوق الغير قائمة رغم إنحلال، الرابطة التعاقدية.

(1): حسين تونسي، مرجع سابق، ص 77.

خلاصة الفصل الثاني :

للقاضي دورا هاما في مجال الفسخ القضائي أو الإتفاقي، إذ يتمتع القاضي بصدد الفسخ القضائي بسلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ أو عدمه ، فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه، كما يمكن أن يرفض طلب الفسخ وقد يكتفي بفسخ العقد فسحا جزئيا.

ويظهر دور القاضي عندما يكون الفسخ إتفاقيا في التحقق من وجود إتفاق على الفسخ و التعرف على طبيعته، من خلال الوقوف عند النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بخصوص نوع الإتفاق، ومدى إستبعادهما لسلطة القاضي التقديرية في مضمون الإتفاق ليقرر حصول الفسخ من عدمه .

كما أن للدائن الخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ لعيني للإلتزام، ويكون له الخيار في الفسخ القضائي أو الإتفاقي وإن هذا الحق المعترف به قانونا وقضاء محدود، لذلك خول القانون للقاضي سلطة التدخل لحماية لإستقرار المعاملات بين الأفراد.

وتظهر آثار فسخ العقد على كل من المتعاقدين و الغير و نجد مسرح تطبيق مبدأ الفسخ في العقود الملزمة لجانبين خاصة في عقد البيع وعقد المقاولة ، كونها من العقود المستعملة بكثرة في الحياة العملية واليومية للأشخاص.

الخاتمة:

يعد إنحلال العقد أخطر مرحلة يمكن أي يصل إليها العقد في حياته، ذلك أن العقد إن وصل إلى هذه المرحلة فإنه لم يحقق غرضه، لكن قد يصبح الأمر واقعا لا بد منه وذلك إما لعدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته التعاقدية أو بمقتضى شرط أدرج في العقد يرمي إلى حله في حالة عدم التنفيذ أو لإستحالة التنفيذ إستحالة يكون سببها أجنبي لابد فيه للمدين بالإلتزام الذي لم ينفذ وهذا حسب ما يراه المشرع الجزائري وبالتالي فإن هذه الأسباب تترجم الطرق والوسائل التي تنحل بها العقود وهي الفسخ والإنفساخ والدفع بعدم التنفيذ وقد تعرضنا لها بشيء من التفصيل في متن دراستنا هاته.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الفسخ أهم طريق تنحل به العقود، وقد جعل الفسخ القضائي هو الأصل والقاعدة العامة وجعل الفسخ الإتفاقي إستثناء عن الأصل.

إن الغاية من جعل الفسخ القضائي هو الأصل، هي رغبة المشرع في حماية طرفي العقد من تعسف بعضهما في حق البعض، لأنه لوترك الفسخ دون مراقبة القضاء لأعمال المتعاقدان كما يتراءى لهما و قد يترتب عن ذلك نتائج سلبية و خطيرة لأن الدائن سيقترض حقه بنفسه، وقد يستعمله المدين للتهرب من التنفيذ وغيرها من النتائج التي تؤدي حتما إلى إضراب المعاملات بين الناس.

وبالتالي من شأنه أن يكون وسيلة حماية في يد الدائن يحاسب بها المدين ، كما قد يضر الفسخ القضائي بالدائن نفسه، وذلك للسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في رفض الفسخ وإمهال المدين مدة للتنفيذ وقد يكون من شأن ذلك أي يضر الدائن، لدى يعد الفسخ الإتفاقي بناء على شرط فاسخ يدرج في العقد ذو أهمية من الناحية العملية، فهو يحمل ويحث الأطراف على التنفيذ لأن عدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزامه يمكن الطرف الذي نفذ إلتزامه التحلل من العقد بمجرد تحقق عدم التنفيذ.

من خلال دراستنا لنظرية الفسخ، يتبين لنا أن المشرع الجزائري حرص على تنفيذ العقد وذلك حال مطالبة الدائن بالفسخ فإن حقه في المطالبة بالتنفيذ لا يسقط ولو كنا بصدد الفسخ الإتفاقي وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى بشرط أن لا يكون قد صدر حكم نهائي، ولكن بالمقابل إذا كان قد بدأ بالتنفيذ فإنه حقه في المطالبة بالفسخ لا يسقط.

أما الإنفساخ أو الفسخ القانوني فإن سببه إستحالة تنفيذ الإلتزام بسبب لا يد للمدين فيه، والإنفساخ لا يمكن أن يخرج من نظرية الفسخ فهو نوع من أنواع الفسخ، من خلال ما سبق عرضه في دراستنا هاته نستخلص جملة من النتائج والتوصيات.

النتائج: من خلال بحثنا توصلنا إلى النتائج التالية:

أولاً: إن إنحلال العقد، رغم تداخله في بعض المسائل القانونية مع غيره من الأنظمة القانونية الأخرى، لأن ذلك لم يؤثر على وجوده كنظرية قائمة بذاتها تختلف عن غيرها من الأنظمة وتتفرد بإستقلاليتها، سواء بالنسبة للأسباب أو الطرق التي تؤدي إليها أو الآثار الناتجة عنها في الواقع .

ثانياً: وقد تبين لنا من خلال دراسة الفسخ في القانون المدني الجزائري وهو أحد الطرق الهامة التي تؤدي إلى إنحلال العقد أن المشرع الجزائري قد أخذ بما وصل إليه الفكر القانوني الحديث، إذ جعل القاعدة العامة هي أن يكون الفسخ قضائياً وإستثناء يكون الفسخ إتفاقياً، و أن الإنفساخ هو نتيجة إنقضاء إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه .

ثالثاً: هناك أسباب أخرى تؤدي إلى إنحلال العقد لم ترد تحتالعنوان الوارد في القانون المدنيالجزائري مع أنها تؤدي إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها الفسخ والإنفساخ،والدفع بعدم التنفيذ كالإنهاء والإقالة فالمشرع الجزائري ضيق من نظرية الإنحلال مقارنة بغيره من التشريعات إذ لم يدرج مواد تنظم الإقالة ضمن إنحلال العقد ومعروف أنها طريق تتحل في العقود رغم كثرة إستعمالها في الحياة العملية للأفراد نظراً لعدم خطورة أثارها وأنها تتم ودياً وعن تراض.

رابعاً: إن دراسة إنحلال العقد، تقتضي الوقوف على ماوصل إليه الإجتهد القضائي بشأن الإنحلال وكما تبين أن القضاء لم يقف عن النصوص القانونية المتعلقة بإنحلال العقد، وإنما تجاوزها بمحاولة وضعه لبدائل تؤدي في الواقع إلى حفظ العقود ودفعها لمجالها الطبيعي وهو مجالاً لتنفيذ ثم دفع الأطراف إلى إحترام القواعد المنظمة لإنحلال العقد التشدد فيها حتى لا يكون الأمر تعسفياً وقد أمكننا ملاحظة ذلك من خلال أحكام قضائية حديثة، أظهرت مدى الإجتهد القضائي الحاصل في هذا المجال.

الأمر الذي يجعلنا نؤكد بأن نظام الإنحلال هو حماية المشرع للمتعاقد الملتزم الذي لم يقصر في إلتزاماته و الذي يعمل القضاء على تحقيقه في الواقع، فهو حماية من جهة الدائن ودفع للمدين حتى لا يخل بما يفرض عليه قانون العقد من إلتزامات تعاقدية.

خامسا: كما أنه من دراستنا لتطبيقات الفسخ على العقود لاحظنا مايلي: أن المشرع الجزائري وفق لحد بعيد عندما نص صراحة على تطبيق الدفع بعدم التنفيذ من خلال المادة 388/2 ق.م.ج من حق البائع في حبس المبيع وكذا م 390 ق.م.ج بحبس الثمن إلى أنه قيد ذلك لأسباب حسب المادة 211 ق.م.ج .

التوصيات: على ضوء الدراسة التي قمنا بها والنتائج المتوصل إليها يمكن تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات كمايلي:

◀ إن عنوان إنحلال العقد في القانون المدني الجزائري لا يتفق مع مفهوم نظرية إنحلال العقد، لأن هناك أنظمة قانونية أخرى تؤدي إلى إنحلال العقد، تختلف عن نظامي الفسخ والإفساخ، كالإقالة مثلا، ولذلك نقترح أن يكون مضمون العنوان معبرا عن الحقيقة وشاملا لكل الطرق التي تؤدي إلى إنحلال العقد.

◀ إن إدراج الدفع بعدم التنفيذ تحت عنوان إنحلال العقد، يعد إختيار غير منطقي، لأن هذا الأخير وكما بينا سابقا يعتبر تصرف سلبي لا يؤدي إلى إنحلال العقد، فهو في كثير من الحالات ممهدا للمطالبة بالفسخ ولذلك نقترح حذف الدفع بعدم التنفيذ من نظام إنحلال العقد وتعويضه بنظام الإقالة.

◀ إعادة النظر في نص م 122 ق.م.ج لأنه جاء عاما يفهم منه أن نفس الآثار تترتب على جميع العقود الملزمة للجانبين سواء كان العقد فوري أو زمني فإنه ينحل بأثر رجعي، ومن غير المنطق ترتيب الأثر الرجعي على عقود المدة لأن ما مضى منها لا يمكن أن يعود ولم يعد ملكا للمتعاقدين لذا نقترح إعادة صياغة دقيقة يميز فيها بين العقود الفورية الزمنية.

◀ نقترح على المشرع الجزائري توسيع نظرية انحلال العقد وذلك بإضافة نصوص تنظم الإقالة إلى جانب الفسخ وهذا للتقليل من النزاعات والصعوبات التي تواجه طرفي العقد وتهدهه بالزوال.

قائمة المراجع :

1- المصادر:

1. الأمر: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن أحكام القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 14/88 المؤرخ في 20 جوان 1988 و المعدل بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 و المعدد و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 المتضمن أحكام القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 2007/31.
2. Code.Civ, 1 ère, 4/4/2006, bull.civ,1, N° 190 ; 1/7/1997, D, 1998, 32; Note Aynès -teyssié; les 98ontra de contrats, LGDJ, Paris, 1975, N° 21 et sj najjar, la notion d'ensemble 98ontractual, Mèl Décocq, 2004.

2- الكتب باللغة العربية:

1. أبو الخير عبد الونيس الخويلدي ، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الإتصال الحديثة ،دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2006.
2. أبو الخير عبد الونيس الخويلدي ، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الإتصال الحديثة ، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2006.
3. أحمد حشمت أوبوستيت، نظرية الإلتزام في القانون المصري، ج1، ط2، مطبعة مصر 1954.
4. أسمادي محمد نعيم، نظرية فسخ العقود في الفقه الإسلامي، دار النفائس للطباعة، الأردن 2006.
5. أنور سلطان ،الموجز في النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام " دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2005.
6. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء6، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر 2004.

7. أنور طلبة، نفاذ وإنحلال عقد البيع دار الكتب القانونية المجلة الكبرى، مصر د.س.ن.
8. بلحاج العربي مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الثاني دار هومة للطباعة بوزريعة الجزائر 2015.
9. بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الهدى للنشر، الجزائر 2015.
10. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، (التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة)، الجزء الأول، بن عكنون، الجزائر، 2001.
11. بلعور عبد الكريم فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن طبعة 2001 ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر.
12. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، ج1 دار النهضة العربية، القاهرة 1985.
13. خليل احمد حسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
14. سليمان مرقص، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة4، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1980.
15. عبد الحكم فودة، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993.
16. عبد الحميد الشواربي ، البطلان المدني ، منشأة المعارف الإسكندرية 1991.
17. عبد الرحمان الشواربي ،فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف الإسكندرية ، الطباعة الثالثة، 1997.
18. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني (العقود التي ترد الملكية) المجلد الثاني الإسكندرية د.س.ن.
19. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1974.

20. عبد الرزاق دربال، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار ع.ن.ت، الجزائر، 2004.
21. عبد المجيد الحكيم و آخرون، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون العراقي، ط1، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، العراق، 1980.
22. عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الإلتزام ، دار الكتاب الحديث ، مؤسسة السيساني للطباعة ، المحروسة القاهرة 1990.
23. العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني ، العقد والإدارة المنفرد)، الجزء الأول ، بن عكنون ، الجزائر 2001.
24. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990/07.
25. علي فيلاي ، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للعنوان المطبعية وحدة الرغاية،الجزائر 2001.
26. لحو خيار غنيمة، نظرية العقد، الطبعة الثانية بيت الأفكار الجزائر 2021.
27. محمد ابو زهرة ، نظرية العقد دار الفكر العربي، مصر، 1985 .
28. محمد صبري السعدي، الواضحفي شرح القانون المدني، ط4، دار الهدى الجزائر، 2009.
29. مصطفى عبد السيد الخارجي،فسخ العقد (دراسة المقارنة)، ط 1، دار النهضة، العربية ، القاهرة ، 1988.
30. وحيد الدين السوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ص2، الشركة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1975.

3- مذكرات:

- 1- جميل الشرقاوي ، بطلان التصرف القانوني ، أطروحة دكتوراة ، جامعة فؤاد الأول القاهرة 1956.
- 2- حسين تونسي (إنحلال العقد)، دراسة تطبيقية حول عقد البيع و عقد المقاوله، رسالة قدمت لنيل شهادة ماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2007.

- 3- حمو حسينية، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011/12/20.
- 4- عسلي مخلوف، إنحلال العقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة مولود معمري، تيزووزو، الجزائر، 2016/10/04.
- 5- عمور إيمان، فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2014.
- 6- محمد حبار، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري، وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقلرنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية جامعة الجزائر 2002/11/25.
- 7- مليكة مراد، إلغاء التصرف القانوني، مذكرة ماجيستير، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2010.
- 8- هدروق كهيئة، مذكرة تخرج لنيل الشهادة ماستر في القانون، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية، 2015/2014.

4- إجتهادات قضائية:

1. نقض مدني فرنسي، قرار صادر بتاريخ 1974/03/05، J.C.P ، 2 ، 17707 ، تعليق فولي **Voulet** ، 1974/07/07.
2. المحكمة العليا ، 1983/03/16 ، ملف رقم 30941 ، م ق ، 1989/02.
3. المحكمة العليا ، غ.م 1985/10/30 ، ملف 34951 ، م ، ق 1990 ، العدد 2.
4. المحكمة العليا، غ.م 1985/10/30، ملف رقم 34951، م، ق، 1990 العدد 2.
5. المحكمة العليا: غ.ت 1994/03/21، ملف رقم 115182، الجزائر.
6. المحكمة العليا، ع م : 1997/11/12، ملف رقم 149315، غير منشور، 1992/06/16 ملف رقم 84252 م ق، 1494، العدد 3.
7. المحكمة العليا، غ.م : 2000/01/12، ملف رقم 212782، م ق، 2001 العدد 1.
8. المحكمة العليا: غ.م 2001/02/21، ملف رقم 324034 ، م.م.ع 2007، العدد 1.
9. المحكمة العليا: غ.م 2002/02/20، ملف رقم 225843 ، م.ق. عدد 2، 2002.

10. المحكمة العليا: غ.م 2007/11/21، ملف رقم 390796، م.م.ع 2008، العدد 1.

5- المقالات:

1. رزق بن مقبول الحمدان الرئيس، فسخ العقود المتبادلة بين الجانبين عن:
<http://www.f.law.net,09/05/2022> , 20 :00hrs
2. طبة محمود عبد الجليل، الشرط الفاسخ الصريح عن:
<http://www.mohomoon.com> , 2022/05/05.
3. عبد المالك محسن المحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية،
جامعة عين شمس، مصر، 2006. عن
[Http://www.yemen.nic.info/contents/./detail.php.29/04/2022.](Http://www.yemen.nic.info/contents/./detail.php.29/04/2022)
10:00hrs
4. محمد حنون جعفر، فكرة ترابط الإلتزامات المتقابلة و أثرها في تاعقود الملزمة لجانبين،
مجلة كلية القانون و العلوم السياسية، العدد 05، جامعة كركوك، العراق، 2013.

6- مجلات قضائية و مواقع:

1. [Http://www.lecide.fr:Gilles carnoy,la nullité, ou la resolution du contract,03/05/2022, 22:00hrs.](Http://www.lecide.fr:Gilles carnoy,la nullité, ou la resolution du contract,03/05/2022, 22:00hrs)
2. [ceristwww.pnst.cerist.dz](http://www.pnst.cerist.dz)
3. نشرة القضاة، العدد 46، سنة 1993.
4. المجلة القضائية العدد 2، سنة 1994.

7- مراجع بالفرنسية:

- Yves- marie laitier résolution, pour inexécution des contrats
synallagmatique ,étudecomparative des sanction de l'inexécution de
contrat , LGDJ, paris,2004,pp16,

عن بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري

G Baudry–la cantinerie , L Barde, traité théorique et pratique de droit civil, (des T2 ;3eme éd, librairie de la société du recueil, Paris,1907 –obligations paragraphe902,p94

عن بلحاج العربي، مرجع سابق

– Dans le contrat de travail. Le travailleur peut être immédiatement licencié en cas de vol, et plus généralement en cas de faute grave.cass.cn 1^{er}, 28/04/1987, D, 1988, jur ; pp1, Art 1184 du c.civFR) cass.com.28/04/1982,bull– civ,iv,n°145

عن بلحاج العربي، مرجع سابق

–résolution entraîne la disparition des effets du contrat. Cette disparition est en générale rétroactive, tant dans les rapports entre les parties, qu'à l'égard des tiers.

عن بلحاج العربي، مرجع سابق.

الفهرس

أ	المقدمة:.....
1	الفصل الأول: إنحلال العقد عن طريق الفسخ.....
2	المبحث الاول : أحكام عامة حول الفسخ.....
2	المطلب الأول: مفهوم الفسخ.....
3	الفرع الأول: تعريف الفسخ.....
3	أولاً : تعريف الفسخ لغة.....
3	ثانياً: تعريف الفسخ اصطلاحاً.....
6	ثالثاً: نشأة و تطور نظرية الفسخ.....
8	الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الفسخ.....
8	أولاً: تأسيس الفسخ على أساس نظرية الشروط.....
11	ثانياً : فكرة العدالة كأساس للفسخ.....
12	ثالثاً : فكرة ترابط الالتزامات كأساس للفسخ.....
14	رابعاً: فكرة السبب كأساس للفسخ.....
15	الفرع الثالث: شروط الفسخ.....
15	1- أن يكون العقد ملزماً للجانبين :
17	2- أن يكون أحد المتعاقدين أخل بالتزاماته :
18	3- أن يكون طالب الفسخ قد نفذ إلتزامه أو مستعد لتنفيذه :
19	4- ان يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحالة إلى ماكتب عليه قبل العقد:.....
20	المطلب الثاني: تميز الفسخ عن النظم القانونية المشابهة له:.....
20	الفرع الأول: تميز الفسخ عن البطلان:

22	الفرع الثاني: تمييز الفسخ عن الإلغاء:
22	الفرع الثالث: تمييز الفسخ عن عدم النفاذ:
24	الفرع الرابع: تمييز الفسخ عن الإقالة(التقابل):
49	خلاصة الفصل الأول:
50	الفصل الثاني: حدود الدائن في توقيع الفسخ و خياره فيه
51	المبحث الأول: حدود الدائن في حق طلب الفسخ
51	المطلب الأول: سلطة القاضي التقديرية في الحكمبالفسخ.....
51	الفرع الأول: سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه.....
53	الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في رفض الفسخ
53	1- سلطة القاضي في رفض الفسخ و إلزام المدين بالتنفيذ:
54	2- سلطة القاضي في فسخ العقد فسحا جزئيا:
55	الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ قبل الحكم بالفسخ
56	الفرع الرابع: المعايير التي يستعين بها القاضي في تقرير الفسخ
56	1- المعيار الموضوعي:
57	2- المعيار الشخصي:
58	المطلب الثاني: حق الدائن في الخياريين الفسخ و التنفيذ
58	الفرع الأول: تنازل الدائن عن حقه في الفسخ
60	الفرع الثاني: إستعمال الدائن لأحد الدعويين، دعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ.
60	أولا: خيار الدائن في الفسخ القضائي.....
65	2- إختيار الدائن لدعوى الفسخ.....
67	ثانيا: خيار الدائن في الفسخ الإتفاقي.....

70	الفرع الثالث: حق المدين في التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ
73	المبحث الثاني: آثار الفسخ وتطبيقاته على بعض العقود
73	المطلب الأول: آثار الفسخ
74	الفرع الأول: آثار الفسخ فيما بين المتعاقدين
74	أولاً: عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد
75	ثانياً: استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد
76	ثالثاً: نطاق تطبيق قاعدة الأثر الرجعي
77	الفرع الثاني: آثار الفسخ بالنسبة إلى الغير
77	أولاً: زوال حقوق الغير في الفسخ
78	ثانياً: الإستثناءات الواردة على قاعدة زوال حقوق الغير
80	المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ الفسخ على بعض العقود
80	الفرع الأول: تطبيق مبدأ الفسخ على عقد البيع
88	الفرع الثاني: تطبيق الفسخ على عقد المقاوله
96	خلاصة الفصل الثاني :
97	الخاتمة:
98	قائمة المراجع :